Der § 1362 B.G.B.,
seine geschichtliche Entwicklung und seine Stellung im heutigen Reichsrecht.

Inaugural-Dissertation

einer

hohen juristischen Fakultät

an der

Kgl. Bayerischen Friedrich-Alexander-Universität

zu Erlangen

ACAD. JURID. KAT. BIBL.

vorgelegt von

Günther Höfken

Gerichtsreferendar aus Bochum.

Approbiert am 2. November 1910.

Bochum 1911.

Gedruckt von ADOLF STUMPF NACHF. (M. KUNTZE).

255

Referent: Univ.-Prof. Dr. Siber.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0045

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung: Abgrenzung des Themas 11

1. Kapitel: Die Praesumtio Muciana

I. Im römischen Recht 15
II. Im gemeinen Recht 26
III. In den Kodifikationen 36

2. Kapitel: Der § 1362 und seine Stellung im heutigen Reichsrecht.

I. Der § 1362
1. Die Vermutung des Absatz 1
a) Die Entstehungsgeschichte des § 1362 . 40
b) Der § 1362 I 43
2. Die Vermutung des Abs. 2.
a) Die Entstehungsgeschichte 65
b) Der § 1362 II 67
3. Kritik des § 1362 80
II. Das Verhältnis des § 1362 zum § 45 K.O. 81

3. Kapitel: Der zeitliche und örtliche Geltungsbereich des § 1362 92

Verzeichnis der benutzten Literatur.

Alibrandi: Ricerche sulla origine del divieto delle donazioni fra coniugi. Opere giuridiche e storiche. Volume primo. Roma 1896.

Barazetti: Das internationale Privatrecht im B. G. B. Hannover 1897.

Bechmann: Das römische Dotalrecht. 2. Abt. 1865.

Beckh: Die Beweislast nach dem B. G. B. München 1899.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines B. G. B. Berlin 1896.

Bremer: Jurisprudentiae Antehadrianae, quae supersunt. Pars prior. Lipsiae. 1896.

Brunnemann: Johannes: Commentarius in L libros Pandectarum, herausgegeben von S. Stryk 1714.

von Buchka: Die Präsumptio muciana und der § 37 K. O., in der Mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft. Bd. 14. 1896.

Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten. Nürnberg 1910.

Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 4. 1904.

Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 4, Familienrecht. Tübingen. 1908.

Daeschner: Die altdeutsche Gerade. Heidelberger Dissertation. 1908.

Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B., amtliche Ausgabe. 4. A. Berlin 1896.

Dernburg: Pandekten Bd. 3. 7. A. Berlin 1903.

Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 3. 4. A. Halle 1896.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Reichs- und Preußens Bd. 4. 4. A. 1908.

Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. 2. Berlin 1904.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. 2. Familienrecht. 8/9. A. 1908.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum B. G. B. 1. Lesung nebst Motiven. Berlin 1888.

Falkenstein: Die Muzianische Präsumtion. LeipzigerInauguraldissertation. 1903.

Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. Bd. 4. 7. A. Berlin 1897.

Francke: Sachpfändung und Gegenverfahren, in der Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß. Bd. 29.

Fränkel: Das Familienrecht des B. G. B. Hannover 1898.

Frey: Die neue praesumtio-muciana und die Zwangsvollstreckung, im Sächs. Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 10.

Gaupp-Stein: Die Civilprozeßordnung. Tübingen. 8/9 A. 1908.

Gengler: Das deutsche Privatrecht. 4. A. 1892.

Gierke: Der Entwurf des B. G. B. 1889.

Glück: Erläuterungen der Pandekten. Erlangen. Bd. 24. 1823. Bd. 26, 1824.

Habicht: Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. A. Jena 1901.

Hahn: Die gesamten Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881.

Haidlen: Das Familienrecht. 4. A. Stuttgart 1907.

Hedemann: Die Vermutungen nach dem Recht des deutschen Reichs. Jena 1904.

Heilfron: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Teil. 2. A. 1904.

Heimbach: Basilicorum libri 60. tom. 3. Lipsiae 1843.

Hellmann: Lehrbuch des deutsch. Konkursrechts. Berlin 1907.

Heumann: Handlexikon zu den Quellen des römisch. Rechts. Jena 8. A. 1906.

Holzschuher: Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. 1. 3. A. 1843.

Jäger: Die Konkursordnung Berlin 3. A. 1906.

Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte. Bd. 2. 1901.

Keidel: Das internationale Eherecht nach dem B. G. B., in Böhms Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. VII. 1897.

Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.

Korn: Die Rechtsverhältnisse der Ehefrauen nach dem Brandenb.-Preuß. Provinzialrecht, in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung. Bd. 7.

Krüger: Geschichte der Quellen und Literatur des röm. Rechts. Leipzig 1888.

Lehmann-Enneccerus: Das bürgerliche Recht Bd. 2. (Lehmann) 2. A. Marburg 1901.

Lenel: Palingenesia Juris Civilis. Vol. I. u. II. Lipsiae 1888/89.

Leyser: Meditationes ad Pandectas Vol. V. 1774.

Meisner: Kommentar zum B. G. B. Bd. 4. Familienrecht. Breslau 1905.

Menochius: De Praesumtionibus, Conjecturis, Signis et Indiciis. Tomus Primus. Coloniae. 1628.

Mevius: Decisiones. Frankfurt 1740.

Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich. Bd. 4, 1888.

Mühlenbruch: Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Teil, 4. A. Halle 1844.

Neumann: Handausgabe des B. G. B. Bd. 2. 4. A. Berlin 1905. Bd. 3. 4. A. 1905.

Neustadt: Das Eherecht, Berlin 1907.

Niedner: Das Einführungsgesetz zum B. G. B. 2. A. 1901.

Niemeyer: Das internationale Privatrecht des B. G. B. 1901.

Opet-Blume: Kommentar zum Familienrecht des B. G. B. Berlin 1902/04.

Planck: Das bürgerliche Gesetzbuch Berlin. Bd. 4. 1906. Bd. 6. 1905.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des B. G. B. Bd. 4 und 6, Berlin 1897.

Rocholl: Das Eherecht des B. G. B. Berlin 1900.

Runde: Das deutsche eheliche Güterrecht. Oldenburg 1841.

von Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung. Berlin 1901.

von Savigny: System des heutigen röm. Rechts. Bd. 3. 1840.

Salamonski: Das Vorbehaltsgut der Ehefrau. Berlin 1901.

Schmidt: Lehrbuch des Civilprozeßrechts. 2. A. Leipzig 1906.

Schmidt, Hedemann, Fuchs: Das Familienrecht. 1. Abschn.: Die bürgerl. Ehe. (Schmidt) München 1907.

Schmidt-Habicht: Kommentar zum B. G. B. Bd. 4. 1904.

Schönfeld: Der preußische Gerichtsvollzieher. Breslau 1990.

Schröder: Das eheliche Güterrecht. 3. A. Berlin 1900.

Seuffert: Die Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten nach der neuen C. P. O. in Gruchots Beiträgen. Bd. 43, 1899.

Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 10. A. München 1908.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 3. 2. A. 1861.

Staudinger: Kommentar zum B. G. B. München. Bd. 4. 5/6 A. 1910. Bd. 6. 3/4 A. 1909.

Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 4. 2. A. Berlin 1884.

Stryk: Usus modernus Pandectarum. Halae. Editio VII. liber 23, 28. 1747.

Tenge: Ueber die Bedeutung der sog. präsumtio muciana, im Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. 45.

Ude: Die präsumtio muciana und ihre Entwickelung im modernen Recht. Tübinger Dissertation 1901.

Ullmann: Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland. 2. A. Berlin 1904.

Voet: Commentarius ad Pandectas Tom. Quartus. Halae. 1779.

Wächter: Pandekten. 2. Teil Leipzig 1881.

Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen zum B. G. B. Leipzig. 1903—08.

Wendt: Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

Wieruszowski: Handbuch des Eherechts. Düsseldorf. 1. Teil: die allgemeinen Wirkungen der Ehe. 1900. 2. Teil: das eheliche Güterrecht 1904.

Wilmowski, Kurlbaum und Kühne: Kommentar zu Konkursordnung, Berlin. 1906.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Bd. 9. A. 1906.

Wolff: Die Konkursordnung Berlin 1900.

Zachariae von Lingenthal-Crome: Handbuch des französisch. Civilrechts Bd. 3. 8. A. 1895.

Zürn: Das preußische Eherecht, Berlin 1894.

Einleitung.

Die Begründung der häuslichen Lebensgemeinschaft nach Eingehung der Ehe führt regelmäßig eine Vermischung der verschiedenen von den Ehegatten eingebrachten Gütermassen herbei. Hiervon werden am meisten die Mobilien, insbesondere die in der gemeinschaftlichen Wohnung befindlichen und den Ehegatten zum gemeinsamen Gebrauch dienenden Sachen berührt. Es ist insbesondere, wenn die Ehe schon jahrelang besteht, und an Stelle der alten Gemeinschaftsfahrnis neue Gegenstände angeschafft werden, unausbleiblich, daß allmählich eine Verdunkelung der Eigentumsverhältnisse an der Fahrnis eintritt. Diese Vermischung wird noch dadurch gefördert, daß die Ehegatten meistens selbst wenig Wert auf eine scharfe Trennung des Eigentums z. B. durch Aufzeichnung der von jedem eingebrachten Fahrnis legen. Die hiernach eintretende Unsicherheit in der Rechtslage schadet den Ehegatten selbst und ihren Gläubigern. Den Ehegatten dann, wenn sie bei der Auseinandersetzung ihrer Vermögensmassen, also namentlich bei der Ehescheidung in die Lage gesetzt werden, genau die Eigentumsverhältnisse an der im gemeinschaftlichen Hauswesen befindlichen Fahrnis darzulegen. Bei allen Güterrechtssystemen zeigt sich deshalb das Bedürfnis, über die Rechtsverhältnisse der durch Eingehung der Ehe betroffenen Vermögensbestandteile beider Ehegatten während der Ehe und bei ihrer Auflösung Normen aufzustellen.

In erhöhtem Maße trifft diese Unsicherheit die Gläubiger der Ehegatten. Unter diesen verdient der Gläubiger des Ehemannes einen größeren Schutz, weil er im Verkehrsleben eine andere Stellung einnimmt als der Gläubiger der Ehefrau. Die Stellung des Mannes bringt es mit sich, daß er in das Leben hinaustritt, daß er für seine Familie die erforderlichen Anschaffungen macht; in der bei weitem überwiegenden Anzahl der Ehen ist es auch der Ehemann, welcher ein Gewerbe betreibt, womit er seine Familie ernährt. Demgegenüber tritt die Tatsache, daß auch Ehefrauen ein Erwerbsgeschäft betreiben, ganz zurück. Auch in unserem heutigen Verkehrsleben ist die selbstständige Leitung eines Geschäftes durch die Ehefrau noch eine

Ausnahme. Hiernach erscheint es billig, wenn das Recht von jeher einen größeren Augenmerk dem Schutz der Gläubiger des Ehemanns als diesem selbst zugewendet hat. Für jene liegt ein erhöhtes Schutzbedürfnis deshalb vor, da hier die Nachteile, welche aus der Verdunkelung der Eigentumsgrenzen erwachsen, besonders schwere sind. Die Gläubiger kennen in den wenigsten Fällen die Eigentumsgrenzen des Vermögens beider Ehegatten, sie wissen namentlich nicht, welche Sachen in der gemeinschaftlichen Wohnung dem Manne, welche seiner Frau gehören. Diese schon unter normalen Umständen bestehende Unkenntnis wird dann erhöht, wenn der Ehemann, von seinen Gläubigern gedrängt, seine pfändbaren Mobilien, insbesondere sein Geschäftsinventar auf seine Ehefrau überträgt, nach außen hin aber im Besitz der Sachen bleibt, wodurch er es erreichen will, daß er einerseits seinen Gläubigern keine pfändbaren Vermögensobjekte ausliefert, andererseits sich noch immer die Möglichkeit zur Ausübung seines Gewerbes und seinen Kredit bei Unkenntnis seiner Gläubiger über die wirkliche Sachlage erhält. Kommt es aber dann nach einiger Zeit zum finanziellen Zusammenbruch und will der Gläubiger dann mit Erfolg pfänden, so sieht er sich in die Notwendigkeit gesetzt, den Eigentumsverhältnissen des Ehemannes nachzuspüren — sehr oft ohne den sofortigen durchgreifenden Erfolg. Diese für den Gläubiger bestehende Schwierigkeit schildert treffend die Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung:[1]) „Es ist nicht zu verkennen, daß, weil zwischen Ehegatten es leicht ist, die eigenen Fonds mit Mitteln des anderen zu ersetzen, zu seinen Geschäftszwecken das Vermögen des anderen zu gebrauchen, deshalb leicht ein selbst vorsichtiger Gläubiger in der Beurteilung des Eigentums seines Schuldners und in dem Hervortauchen von Eigentumsansprüchen der Ehegatten sich getäuscht findet, und daß dadurch der allgemeine Kredit beeinträchtigt wird. Es liegt in der Natur der Ehe, und ist im allgemeinen nicht zu umgehen, daß tatsächlich und unvermerkt eine Vermischung des Vermögens von Mann und Frau eintritt, daß durch Hin- und Hergeben, durch Austausch und durch veränderte Anlage die Selbständigkeit des beiderseitigen Vermögens der äußeren Erkennbarkeit entrückt wird. Gegen diese Gefahr einer absichtlichen, fahrlässigen oder unvermeidlichen Täuschung müssen die Gläubiger rechtlich geschützt werden. Hier erfordert der Kredit, daß die tatsächliche Ehegemeinschaft rechtliche Wirkungen äußert."

Bei der häuslichen Lebensgemeinschaft versagt auch für die Gläubiger zur Beurteilung der Eigentumsverhältnisse das gewöhnlichste Auskunftsmittel, der Besitz.[2]) Er kann hier seine volle

[1]) Hahn. S. 175.
[2]) Crome. S. 240. Endemann. S. 300.

Bedeutung als Rechtszeichen nicht entfalten, weil nach dem äußeren Tatbestand nicht genügend erkennbar ist, welcher Ehegatte jede im gemeinschaftlichen Haushalt benutzte Sache in seiner unmittelbaren tatsächlichen Gewalt hält. Ja, selbst bei Kenntnis des Erwerbstitels der einzelnen Gegenstände, kann man immer noch nicht sicher entscheiden, ob der erwerbende Ehegatte für sich resp. mit seinen Mitteln oder für den anderen Ehegatten erworben hat.

Um die aus den eben geschilderten Verhältnissen für die Gläubiger des Ehemannes entstehenden Gefahren zu beseitigen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch den § 1362 aufgenommen, demzufolge jetzt zu ihren Gunsten vermutet wird, daß die Fahrnis dem Mann gehört.

Der § 1362 hat sein Vorbild in der Praesumtio Muciana des gemeinen Rechts, welche man kurz mit den Worten ausdrücken kann: „omnia mariti esse censentur". Diese Vermutung, welche sowohl für den Ehemann wie für seine Gläubiger bestand, ist eine Modifikation einer in zwei Corpusjurisstellen enthaltenen Rechtsvermutung, welche auf einen Ausspruch des römischen Juristen Quintus Mucius Scaevola zurückgeführt wird. Ursprünglich von Mucius selbst für andere Zwecke verwendet, wurde sein Ausspruch von Tribonian den Digesten — auch im Codex geschieht dieser Praesumtio an einer Stelle Erwähnung — einverleibt. In dem diesen beiden Corpusjurisstellen zugrunde liegenden Sinn wurde der Ausspruch des Mucius in Deutschland rezipiert und gelangte in einer mehr dem deutschen Rechtsbewußtsein entsprechenden Auffassung im gemeinen Recht zu großer Bedeutung; gibt es doch kein Güterrecht, bei welchem nicht eine Vermischung mindestens bezüglich der zum gemeinsamen Haushalt der Eheleute dienenden Sachen infolge des ehelichen Zusammenlebens der Ehegatten eintreten kann.

Die Praesumtio Muciana — so wurde der Ausspruch des Mucius mit dem Ausgang der gemeinrechtlichen Periode genannt — hat dadurch, daß sie in die verschiedensten Kodifikationen aufgenommen wurde, dargetan, daß sie einem dringenden Schutzbedürfnis gut abgeholfen hat. Dieses bestand bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch neben den Gläubigern des Ehemannes diesem selbst gegenüber. Erst das B. G. B. beseitigte, trotzdem es nicht an Angriffen der Gegner auf Bestehenlassen der Pr. M. in diesem Umfang fehlte, die speziell für den Ehemann aufgestellte Vermutung als ein nicht mehr zeitgemäßes Ueberbleibsel zumal da auch das Gesetz den Ehegatten in der Aufzeichnung ihres bei Eingehung der Ehe vorhandenen Vermögens eine geeignete Handhabe darbietet, um spätere Streitigkeiten nach Möglichkeit zu unterdrücken. Durch die Aufstellung der Vermutung des § 1362 ist der § 45 K. O., welcher in Anlehnung an die Pr. M. das

Aussonderungsrecht der Ehefrau im Konkurse des Ehemannes beschränkte, in seiner Wirkung nicht beeinträchtigt worden.

Diese kurz skizzierte Entwickelung des § 1362 sowie seine Stellung gegenüber der den gleichen Zweck verfolgenden Rechtsregel des § 45 K. O. soll im folgenden des näheren Gegenstand der Abhandlung sein.

I. Kapitel.

Die Praesumtio Muciana.

I. Im römischen Recht.

Der Ausdruck Praesumtio Muciana findet sich im Corpus Juris noch nicht; erst im Gemeinen Recht, welches über die sehr bestrittene Bedeutung und die Grenzen der Anwendung dieser Rechtsregel eine umfangreiche Literatur hervorgebracht hat, ist dieser Name geprägt worden. Die Praesumtio Muciana hat in der gemeinrechtlichen Doktrin ihre Bezeichnung von der in l. 51. Dig. de donationibus inter virum et uxorem (24. 1.) angeführten Ansicht des römischen Juristen Quintus Mucius Scaevola, welche lautet:

> Pomponius libro quinto ad Quintum Mucium:
> Quintus Mucius ait: cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.

Quintus Mucius begann um das Jahr 110 v. Chr. seine juristische Laufbahn, bekleidete die höchsten Staatsämter und starb im Jahre 82 v. Chr.[1]) Das Hauptwerk dieses hervorragenden, von seinen Zeitgenossen und der Nachwelt vielgerühmten Mannes ist das Jus civile in 18 Büchern, welches, wie uns Pomponius berichtet,[2]) die erste systematische Gesamtdarstellung des zu seiner Zeit geltenden Jus civile enthielt. Die Einteilung des Stoffes in diesem Werke war mustergültig und wurde von manchem seiner Nachfolger, zum Beispiel von Pomponius selbst, der Darstellung ihres Jus civile zugrunde gelegt.[3])

Tribonian hat den obigen Ausspruch des Mucius dessen Werke selbst nicht entnommen.[4]) Dieses Werk lag ihm m. E. über-

[1]) Krüger. a. a. O. S. 59.
[2]) Dig. I, 2, § 41.
[3]) Bremer. a. a. O. S. 60, 291.
[4]) Bremer. S. 65, 66. Krüger. S. 174.

haupt nicht mehr vor, denn anderenfalls hätte er es nicht nötig gehabt, die Ansicht des Mucius dem Werke eines späteren Juristen, des bereits erwähnten Pomponius zu entnehmen. Sextus Pomponius lebte unter Hadrian (117—138 n. Chr.), er behandelte in 30 Büchern denselben Stoff, wie Scaevola, nämlich das Jus civile und hat dabei mindestens die Ordnung, wahrscheinlich auch den Text des 200 Jahre vor ihm lebenden Mucius benutzt.[1]) Der Titel des Werkes: Libri XXXIX ad Quintum Mucium deutet diese Vorlage an. In diesem Jus civile behandelten die Bücher III bis IX die Lehre von den Legaten.[2]) Unsere Stelle ist dem V. Buche entnommen. Hat aber Pomponius diesen Gedanken des Mucius in seinem V. Buche angeführt, so ist es sehr wahrscheinlich, daß er ihn hier mit der Lehre von den Legaten in Zusammenhang gebracht hat. Daraus kann man wieder schließen, daß auch Quintus Mucius, dessen Jus civile ja Pomponius benutzte, seine Vermutung bei der Besprechung des Legates aufgestellt hat. Diese Schlußfolgerung ist auch von Bremer und Lenel gezogen worden. Bremer[3]) reiht die Pr. M. dem II. Buche des Mucius „de legatis" ein; er versucht sogar den Zusammenhang, in welchem diese Stelle ursprünglich hier gestanden hat, darzulegen. Er bringt diese Stelle nämlich in Verbindung mit der ebenfalls dem V. Buche des Jus civile des Pomponius entnommen, auf eine Ansicht des Quintus Mucius sich stützenden Digestenstelle dig. 7. 8. 4. 1., welche den Fall erörtert, daß einer mulier der usus domus vermacht worden ist.[4]) Zugunsten dieser mulier, welche mit ihrem Manne zusammen wohnen will, soll nach Bremer Mucius die Vermutung aufgestellt haben, um dadurch zu vermeiden, daß die Frau das Getrenntleben von ihrem Manne zur Ausübung eines schimpflichen Gewerbes benutzte. Ebenso bringt Lenel[5]) die Pr. M. mit dem Legat in Verbindung. Er stellt den gleichfalls dem V. Buch des Pomponius entnommenen Satz des Quintus Mucius, welcher von dem Legat der zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Gegenstände (vas, vestimentum) handelt (dig. 34. 2. 10.),[6]) vor den die Pr. M. enthaltenden Satz und bemerkt: „Mucium hec iniecisse suspicor,

---

[1]) Krüger. S. 174. Bremer. S. 60.
[2]) wie wir aus anderen Digestenstellen wissen, vergl. Lenel. II. S. 60.
[3]) Anm. 2.
Bremer. I. S. 72 unten.
[4]) Nach altem Recht konnte in einem solchen Falle, wie Ulpian in
[5]) der Stelle sagt, die Frau nicht mit ihrem Manne das Haus bewohnen; erst A. Mucius gestattete, daß beide Ehegatten den usus des Hauses zusammengenossen, „ne ei matrimonio carendum foret, cum uti vult domo."
Lenel. I. S. 795. Anm. 4.
[6]) Von dieser römischen Frauengerade wird weiter unten bei der Besprechung des § 1362 II BGB. näher die Rede sein.

cum de rebus uxoris causa paratis ageret". Nach seiner Ansicht bezieht sich also die Pr. M. auf den Streit, welcher zwischen den Erben des Mannes und der Witwe, welcher die eben erwähnten Sachen vermacht worden waren, entstanden ist über die Herkunft dieser Sachen. Dann soll man nach Mucius Ansicht annehmen, daß sie der Ehemann für sie angeschafft hat (a viro ad eam pervenisse), was in den meisten Fällen auch der Wahrheit entspräche.

Diese Versuche, den ursprünglichen Inhalt der Pr. M. auf Grund ihrer Stellung im Werke des Pomponius zu rekonstruieren, zeigen, daß bedeutende Kenner des römischen Rechts der Praesumtio Muciana einen anderen Inhalt beilegen wollen, als dieser infolge ihrer jetzigen Stellung in dem Digestentitel gegeben werden muß. Sie sind also der Ansicht, daß die Pr. M. ihren ursprünglichen Sinn im Laufe der Zeit geändert hat. Tribonian hat nämlich die Stelle, welche er bei Pomponius im liber V. de legatis fand, unter den Digestentitel „de donationibus inter virum et uxorem" eingereiht. Hiermit gibt er zu erkennen, daß die Vermutung im Zusammenhang mit dem zu seiner Zeit schon lange existierenden Schenkungsverbot zwischen Ehegatten ausgelegt werden soll.

Folgen wir den eben erwähnten Rekonstruktionsversuchen so muß es auffallen, daß Tribonian die Stelle in eine ganz andere Umgebung gebracht hat, nämlich in die Lehre von den Schenkungen unter Ehegatten. Es taucht da sofort die Frage auf: Hat die Stelle dadurch ihren ursprünglichen Sinn geändert? oder stand sie wirklich im Werke des Quintus Mucius in näherem Zusammenhang mit der Schenkungslehre? Bei Bejahung dieser Frage würden die eben erwähnten Rekonstruktionsversuche an Wert verlieren und die Annahme, daß Tribonian die Stelle im Lehrbuch des Pomponius auch in näheren Zusammenhang mit dem Schenkungsverbot gefunden hat, an Bedeutung gewinnen. Das führt uns sofort zu der weiteren Frage: Ist es überhaupt möglich, daß sie bei Quintus Mucius in der Lehre von dem Schenkungsverbot stand? Kannte dieser überhaupt das Schenkungsverbot? Um diese Fragen richtig zu beantworten, ist es notwendig, in einem kleinen Exkurse über die geschichtliche Entwickelung der donatio inter virum et uxorem die Rechtslage dieser donatio zur Zeit des Quintus Mucius zu prüfen.

Zur Zeit der Manus-Ehe waren Schenkungen zwischen Ehegatten rechtlich unmöglich, denn das Vermögen der Frau ging durch die conventio in manum ipso jure per universitatem auf den Mann über; dazu kam noch, daß die Frau selbständig Vermögen während der Ehe überhaupt nicht erwerben konnte, da sie unter der manus ihres Mannes alles für diesen erwarb; sie war aktiv vermögensunfähig. — Anders dagegen war es bei

der Ehe ohne Manus, welche zur Zeit des Mucius bereits überwog. Hier bleibt die Frau in vermögensrechtlicher Hinsicht vollständig selbständig gestellt. Das Vermögen der Frau bleibt — abgesehen von der dos — ihr Eigentum und wird nur vom Manne als Mandatar freiwiderruflich verwaltet. In dieser freien Ehe ist Raum für Schenkungen zwischen den Ehegatten. So finden wir denn auch, daß Schenkungen unter Ehegatten rechtlich zulässig waren in der Bestimmung der lex Cincia, einem Plebiscit vom Jahre 204 v. Chr.[1]) Dieses verbot Schenkungen, welche ein gewisses, uns unbekanntes Maß übersteigen. Diese lex bestimmte nun, daß vir et uxor zu denjenigen personae exceptae gehören sollen, die man in jeder Höhe gültig beschenken konnte. Danach muß also das Schenkungsverbot erst später entstanden sein.[2])

150 Jahre später finden wir den Rechtszustand, wie er zur Zeit der lex Cincia bestand, verändert. Dem um 50 bis 40 v. Chr. lebenden Juristen und Freunde Ciceros Servius Sulpicius Rufus und dessen Schüler Alfenus Varus ist das Schenkungsverbot schon bekannt. Man kann dieses aus Dig. 24. 1. 38. folgern. In der ersten Hälfte dieses Fragments ist die Rede von einem Sklaven, der zwei Brüdern gehört. Dieser schenkt seinen Sohn der Gattin des einen Bruders. Der Jurist S. Sulpicius Rufus respondiert[3]) darauf, daß der Knabe nicht ganz in das Eigentum der Gattin übergegangen sei, sondern nur zu einer ideellen Hälfte, nämlich zu der dem andern Bruder zustehenden Hälfte, während die andere ideelle Hälfte ihrem Gatten geblieben ist. Diesen Rechtsgedanken entwickelt Alfenus an einem weiteren Beispiel, wo ein Ehemann eine im Miteigentum seiner selbst und seiner beiden Brüder stehende Sache seiner Frau geschenkt hat. Auch hier ist, sagt Alfenus, die res communis nicht ganz Eigen-

---

[1]) Karlowa II. S. 585. Fragmenta Vaticana 302. „excipiuntur et adfinium personae ut . . . vir et uxor." A. von Tuhr in Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgeb. u. Rechtswissenschaft III. Folge. Bd. IX (1904). S. 193 ff. [Kritik des Werkes des Russen Nikolski: Die Schenkungen unter Ehegatten nach römischem Recht 1903. Petersburg].

[2]) Bechmann II. S. 333.

[3]) Serfius Rufus ist der Jurist, welcher „respondit". Tribonian hat in fast allen aus den Werken der später als Rufus lebenden Juristen entnommenen Fragmenten, welche auf Rufus Bezug nehmen, diesen Namen getilgt. Nach Krüger (S. 65. Anm. 53) wird Rufus nur einmal Daß diese jedoch auch in solchen Digestenstellen gemeint it, wo angeführt. Daß dieser jedoch auch in solchen Digestenstellen gemeint ist, wo einfach „respondit" steht, hat Bremer nach eingehendendrn ist, wo einfach „respondit" steht, hat Bremer nach eingehenden Untersuchungen der in Betracht kommenden Digestenstellen bewiesen. Sein Resultat ist: „Responsa igitur, quae voce „respondit" seferuntur, Servio videntur attribuenda"; ea quoque eidem dedi, quae in Alfeni digetis epitomatis verbo „respondit" indicuntur." (Bremer. S. 161. S. 164.)

tum der Gattin geworden, sondern nur zu $^2/_3$, den ideellen Anteilen der beiden Brüder, während der dritte Bruder, der Ehemann, seinen ideellen Anteil an der früheren res communis behalten hat.

Gründe, welche die Juristen zu dem doch merkwürdigen Urteil bewogen haben, sind nicht in der Stelle angegeben. Nach unserer Ansicht läßt sich als Grund nur die Tatsache finden, daß das Schenkungsverbot schon zur Zeit dieser Juristen existiert haben muß und sie zu ihrer Entscheidung veranlaßt hat.

Wie Alfenus kennt auch Cajus Trebatius Testa dieses Verbot. (S. lex 64. Dig. 24. 1.) Dieser Jurist, welcher bereits unter Alfenus den Anfang seiner Juristenlaufbahn begann und unter Augustus zu hohem Ansehen gelangte, war bei der berühmten Ehescheidung zwischen Mäcenas und Terentia (ungefähr zwischen 20—8 v. Chr.) um sein Rechtsgutachten gebeten worden. Dieses benutzt Labeo wieder zur Entscheidung eines Falles, wo ein Mann seiner früheren Gattin, von der er geschieden war, ein Geschenk gemacht hatte, um sie zur Wiederaufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft zu bewegen. Die Frau war auch wirklich zurückgekehrt, hatte sich aber dann wieder von ihm getrennt. War diese zweite Trennung ernst gemeint, also ein verum divortium, so ist nach der Ansicht Labeos die Schenkung rechtswirksam; war das divortium aber nur simulatum, so war die Schenkung ungültig. Dieser Entscheidung liegt auch hier wieder das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten zugrunde. — Nur wenn Trebatius Testa von diesem Verbot Kenntnis hatte, konnte Labeo sich auf ihn beziehen und zu der Ansicht kommen, daß eine simulierte Trennung, welche das Fortbestehen der Ehe zur Folge hatte, auf Geschenke, die zwischen vir et uxor nach dem simulierten Weggange der Frau gemacht sind, die Wirkung hat, daß diese rechtsungültig sind, eben weil sie zwischen wirklichen Eheleuten gemacht sind.

Wir haben somit festgestellt, daß mindestens um das Jahr 40 v. Chr. das Schenkungsverbot bereits existiert hat. Bestand es auch schon zur Zeit des Quintus Mucius, also um das Jahr 90 v. Chr.? Ich möchte diese Frage mit Alibrandi[1]) verneinen und schließe dieses aus dem Wortlaut der Praesumtio Muciana selbst. Eine wörtliche Uebersetzung dieser Vermutung ergibt nämlich folgenden Sinn:[2])

---

[1]) Alibrandi. S. 596 ff. S. 597. No. 6.

[2]) Zur Uebersetzung dieser Stelle sei noch folgendes angegeben: „controversia" bedeutet „Der Rechtsstreit vor Gericht — „quod" ist m. E. als Pronomen, nicht als Koniunction zu übersetzen, wie Tenge S. 309 dieses will (vergl. Ude S. 4). — „pervenire ad" — drückt nicht nur die bloße Besitzerlangung aus, sondern deutet auch die Erlangung zum Eigentum an. (vergl. Heumann unter „pervenire").

Wenn es streitig ist, woher etwas an die Frau gekommen ist, so wird es mehr der wirklichen Rechtslage (verius) entsprechen und ist auch wohl anständiger, anzunehmen, daß das, bezüglich dessen der Nachweis seiner Herkunft nicht geführt wird, vom Ehemann oder einer in dessen Gewalt befindlichen Person an sie gelangt ist.

Diese Stelle, für sich betrachtet, läßt einen, wie Ude[1]) treffend bemerkt, nicht ohne weiteres auf den Gedanken kommen, den Pomponius dem Mucius unterschiebt. Aus den Worten spricht nicht das geringste für die Auffassung, daß Mucius die Vermutung „zwecks Vermeidung des schändlichen Erwerbs seitens der Ehefrau" („evitandi . . . . . .") aufgestellt hat. Vielmehr will m. E. Mucius gerade das Gegenteil mit seinen Worten erreichen. Aus dem „verius et honestius" geht hervor, daß Mucius nicht nur keine Ahnung von dem Schenkungsverbot gehabt hat, sondern die Schenkungen zwischen Ehegatten sogar als rechtlich wirksam anerkennt. Bei der Annahme, die Sachen seien „a viro ad eam pervenisse" geht Mucius von der richtigen Erwägung aus, daß die Sachen, die eine Frau im Besitz hat, von ihr entweder auf anständige Weise erworben worden sind oder daß sie aus dem Vermögen des Mannes an sie gekommen, also geschenkt worden sind, denn andere Sachen wird eine mulier honesta nicht im Besitze haben. Dieser Sinn liegt im „honestius". Das „verius" deutet darauf hin, daß er sich für seine Vermutung voll und ganz auf die Anschauung seiner Zeit stützen konnte, die demnach Schenkungen zwischen Gatten als etwas für durchaus Erlaubtes hielt. In dieser Ansicht, daß Mucius die Schenkungen zwischen Ehegatten als erlaubt ansah, werden wir bestärkt, wenn wir seine

In dem Zusammenhang, wie ihn Tribonian dieser Stelle gegeben hat, ist das zweite „pervenire ad" mit „schenken" zu übersetzen, denn eine andere Uebersetzung wäre sinnlos. Es wird doch vermutet, daß eine Sache vom Manne in das Eigentum der Frau gelangt ist, und zwar auf dem Wege der Schenkung, da die Zugrundelegung eines entgeltlichen Rechtsgeschäftes, z. B. eines Kaufes, den tatsächlichen Verhältnissen widersprechen, also nicht „verius" sein würde. Die Worte „verius et honestius" sind von den meisten gemeinrechtlichen Schriftstellern durch den von Pomponius angegebenen Grund der Aufstellung der Vermutung und durch ihre Stellung als lex 51 digestorum 24. 1 falsch verstanden worden. (vergl. weiter unten). Die Worte „evitandi" . . . . . sind nicht „um den Verdacht des schimpflichen Erwerbs zu entfernen" zu übersetzen. Diese Uebersetzung hängt mit der unten näher darzulegenden gemeinrechtlichen Auffassung zusammen. Sie findet ihren Stützpunkt in der Lesart „evitandae autem turpis quaestus quaestionis gratia (Mommsens Digesten-Ausgabe in der Anmerkung). Vergl. noch Tenge, S. 309, welcher treffend bemerkt, von einem Verdacht schimpflichen Erwerbs werde man die Frau durch Aufstellung einer Vermutung schwer reinigen können.

[1]) Ude. S. 5.

Persönlichkeit betrachten. Derselbe wird uns als ein Mann geschildert, der sich durch seine reiche juristische Begabung, durch unantastbare Redlichkeit und römische Sittenstrenge auszeichnete. Als er im Jahre 98 v. Chr. als Statthalter in Asien weilte, legte er eine so große Redlichkeit und Unparteilichkeit an den Tag, daß der Senat anordnete, die Statthalter sollten sich in Zukunft nach den Verwaltungsgrundsätzen des Mucius richten.[1]) Bei seiner Sittenreinheit ist es umso weniger zu verstehen, daß er durch seine Vermutung darauf hinarbeiten wollte, das Familienleben zu zerstören und die Frauen seiner Zeit zu beleidigen; er wollte vielmehr eher der Frau einen Gefallen damit erweisen.

Hätte aber Quintus Mucius das Schenkungsverbot gekannt, so hätte er sicherlich nicht seine Vermutung in der Form, wie sie uns die Digestenstelle wiedergibt, ausgesprochen. Es wäre doch direkt widersinnig gewesen, wenn er seine Vermutung dahin aufgestellt hätte, daß Gegenstände, welche im Besitz der Frau sind, ihr vom Manne geschenkt worden sind, während diese doch durch die Wirkung des Schenkungsverbots gar nicht in das Eigentum der Frau kamen. Mit der einen Hand hätte er dann der Frau etwas gegeben, was er mit der anderen wieder genommen hätte.

Das Resultat unserer Untersuchungen ist also die gewiß überraschende Tatsache, daß Quintus Mucius das Schenkungsverbot gar nicht gekannt hat, also auch die Aufstellung einer Vermutung in dem der Digestenstelle zugrunde liegenden Sinn garnicht beabsichtigt hat.

Die gemeinrechtliche Literatur (vergl. den folgenden Abschnitt) nimmt ohne jede nähere Prüfung an, Mucius habe das Schenkungsverbot schon gekannt. Diese Ansicht ist bis in die neueste Zeit in Deutschland allgemein vertreten worden. Erst der Italiener Alibrandi hat auf die Unhaltbarkeit dieser Ansicht hingewiesen, ihm folgt jetzt auch Kipp.[1]), [2])

---

[1]) Alibrandi. S. 596—603. Windscheid-Kipp § 509. Anm. 1. Alibrandi hält Dig. 24. 1. 1. für interpoliert und das Schenkungsverbot für ein gesetzliches Verbot aus der Zeit des Augustus. (lex Julia de maritandis ordinibus). M. E. muß man unter Berücksichtigung der oben erwähnten Digestenstellen 24. 1. 38 und 64 zu der Ansicht kommen, daß das Schenkungsverbot um die Jahre 60 bis 40 v. Chr. entstanden ist. Die intensive Wirkung: Nichtigkeit der Zuwendung deutet darauf hin, daß es auf gesetzlichem Wege zustande gekommen sein muß. (vergl. A. v. Tuhr in Krit. Vierteljahrsschrift III. Folge. Bd. IX. S. 193 ff.). Vorbereitet wurde das Schenkungsverbot, wie zuerst Bechmann (a. a. O. S. 333 ff.) nachgewiesen hat, durch die retentio propter donatas. Bei der Ehescheidung konnte nämlich der Mann gegenüber der actio rei uxoriae eine den seiner Frau gemachten Geschenken äquivalente Summe kraft der retentio ob donatas abziehen. Diese rententio muß zu einer Zeit aufgekommen sein, wo man den Schenkungen unter Ehegatten schon

In welchem Zusammenhang aber die Pr. M. nun eigentlich gestanden hat, das läßt sich bei der Lückenhaftigkeit der aus dem jus civile des Mucius entnommenen Stellen schwer sagen. Es ist möglich, daß die Ansicht Lenels die richtige ist (vergl. oben S. 10). Mit einiger Bestimmtheit kann man den Zusammenhang, in welchem die Digestenstelle bei Mucius oder Pomponius gestanden hat, nur dahin angeben, daß es sich um einen Streit der Erben des Mannes mit der Witwe über Nachlaßsachen gehandelt haben muß, denn das Verbum „pervenire ad" wird von den Juristen der Digesten gern beim Erwerb von Vermögensmassen durch Erbschaft gebraucht.[1])

Wie stellt sich nun Pomponius, der Kommentator des Jus Civile des Mucius zu dessen Vermutung? Die Antwort gibt uns unsere Stelle: „evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus probasse". Aus diesem Satze ergibt sich zunächst, daß Pomponius in dem Werke des Mucius keine weitere Erläuterung zu dessen Vermutung[2]) gefunden hat. Er sucht nun selbst nach einer Erklärung („videtur") und gibt sie ganz dem Geist seiner Zeit entsprechend, mit den Worten: evitandi . . . . . .

Wir müssen uns das soziale Milieu, in welchem Pomponius lebte, vorstellen, wenn wir diese Worte richtig verstehen und würdigen wollen. Die größten Umwälzungen auf politischem, sozialem und kulturellem Gebiet liegen zwischen beiden Männern. In der Zeit des Ueberganges aus der Republik in das Kaiserreich und mit dem Uebergang vom Ackerbau zum Handel und zur Geldwirtschaft hatten sich die Ansichten über das Wesen der Ehe sehr geändert, das ganze eheliche Leben war mit fortschreitender Sittenlosigkeit in argen Verfall geraten. In die ehelichen Verhältnisse war Laxheit eingerissen, die Ehegatten führten

---

abgeneigt war (siehe unten). (Aus dieser Zeit auch die actio rerum amotarum). Die retentio stand nur dem Mann zu, man suchte aber auch für die Frau eine ähnliche Bestimmung zu treffen, damit im Scheidungsfall sie ihre Geschenke wiedererhielt. Da sich eine solche nicht fand — eine retentio war nicht möglich —, so ist man allmählich dazu gekommen, die Schenkungen als etwas unsittliches anzusehen. Man nahm ihnen ihre Klagbarkeit, dem Manne sein Retentionsrecht. Diese Entwicklung hat wahrscheinlich durch ein Gesetz unter Cäsar, welches die Schenkungen verbot, ihren Abschluß gefunden. (Vergl. Karlowa II. S. 226 ff.). — Das Gesetz muß nach dem Jahre 59 v. Chr. entstanden sein. Die lex Julia repetundarum aus diesem Jahre kennt noch die Schenkungsfreiheit zwischen Ehegatten. (Vergl. dig. 48. 11. 1. § 1: excipit lex, a quibus licet accipere: a sobrinis . . ., uxore.).

[1]) hereditas pervenit, Quintus Mucius dig. 50. 17. 73; ex hereditate pervenire, Ulpian dig. 5. 3. 20 § 17.

[2]) Also auch keine Angabe über den Zweck der Praesumtio. Einen solchen hat Mucius nicht im Auge gehabt.

nur gar zu oft ein getrenntes Leben. Die Ehescheidung war frei und stand im Belieben jedes Ehegatten, die Behörde bekümmerte sich nicht darum. Von dieser Scheidungsfreiheit wurde ein häufiger und frivoler Gebrauch gemacht; hierdurch entstanden sofort auch Gefahren für das Güterrecht und das Vermögen jedes Ehegatten infolge der Schenkungsfreiheit unter Ehegatten. Ausbeutungen des einen Ehegatten dadurch, daß er sich reichlich beschenken ließ und durch plötzliche Ehescheidung seinen Gewinn aus den Geschenken einheimste, waren am Platze, bis durch das Schenkungsverbot hier ein Riegel vorgeschoben wurde. [1])

Zur Zeit des Pomponius war diese Entwickelung schon lange vollendet, das Schenkungsverbot war lange in Geltung, die Gründe und die ganze Entwickelung dieses Schenkungsverbots waren der Vergangenheit anheimgefallen, man wußte gar nicht mehr, daß es jemals anders gewesen war. Nur so läßt es sich erklären, wenn Pomponius sagt, zur Verhütung des unsittlichen Erwerbs seitens der Frau habe Quintus Mucius die Vermutung aufgestellt, während Quintus Mucius doch gerade, wie wir oben bewiesen haben, das Gegenteil damit erreichen wollte, nämlich den Schutz der Frau. Nach Pomponius ist die Vermutung zur Strafe aufgestellt worden, man wollte die Frauen an ihrem ehebrecherischen Treiben hindern und wählte dazu den Weg der Vermutung, daß der Mann ihr die streitigen Gegenstände im Wege einer (nichtigen) Schenkung geschenkt habe, mit dem Erfolge, daß der Mann jetzt in Zweifelsfällen Sachen, deren Erwerb die Frau nicht nachweisen konnte oder wollte, für sich beanspruchen konnte. Pomponius fühlte nicht mehr, daß es dem Mucius darum zu tun war, die Ehre der römischen Frau unangetastet zu lassen, er sieht in ihr nur eine Strafe für die Römerin seiner Zeit. Gewiß entspringt eine solche Auffassung ganz dem Geiste der Zeit des Pomponius, nicht aber der des Mucius.

Das evitandi turpis quaestus gratia zeigt, daß die Auffassung des Pomponius dahin ging, der Frau jeden möglichen Erwerb, welchen sie während der Ehe durch unehrbaren Erwerb gemacht hatte, nicht zu belassen, sondern dem Manne zuzusprechen. Kam dem Manne irgend ein Erwerb zweifelhaft vor, so konnte er sich auf die Pr. M. berufen und ihn für sich beanspruchen. Wies die Frau dann die Herkunft des Erwerbs nach, so wurde die Pr. M. hinfällig. Aus der Pr. M. könnte man den Schluß ziehen: Weist die Frau nach, daß sie auf unsittliche Weise den Erwerb gemacht hat, so findet die Pr. M. keine Anwendung da jetzt von ihr klar „demonstratur, unde habeat". Der von Pomponius hinzugefügte Satz: evitandi . . . . . muß uns aber

[1]) Karlowa II. S. 226., vergl. dig. 24. 1. pr. „ne mutuato amore invicem spoliarentur", Bechmann I. S. 44 f.

der entgegengesetzten Ansicht belehren. Der Frau wird es nie einfallen, das Geheimnis der Herkunft von Sachen, welche sie in einer für eine Ehefrau nicht achtbaren Weise erworben hat, preiszugeben. Setzt sie sich doch dann der Gefahr aus, mit den von Augustus festgesetzten schweren Ehebruchstrafen bestraft zu werden, falls der Mann der Sache auf den Grund gehen würde. Nur mit dieser Auffassung kann man die Ansicht des Pomponius recht verstehen. Würde man anderer Ansicht sein, so wäre es doch der Frau ein leichtes gewesen, die Pr. M. durch Nachweis der, wenn auch anrüchigen Herkunft der Sachen hinfällig zu machen. Wie will man dann aber das „evitandi" erklären?

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß aus der Begründung, welche Pomponius der Praesumtio des Quintus Mucius gibt, gefolgert werden muß, daß er den Zusammenhang zwischen der Pr. M. und dem Schenkungsverbot bereits gekannt und gewollt hat, denn bei einer anderen Auffassung wird der Zweck, den Pomponius in der Vermutung sieht, nicht erreicht.

Daß m. E. die hier gegebene Auslegung die richtige ist, zeigt die Kodexstelle, die zweite für die Auslegung der Pr. M. wichtige Quellenstelle.

Cod. l. V. Tit. XVI. 6.
Antoninus A. Nepotiano.
Etiam si uxoris tuae nomine res, quae tui juris fuerant, depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intelligat, cum donatio in matrimonio facta, prius mortua ea, quae liberalitatem excepit, irrita sit. Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres juris auctores merito crediderint.

Diese Kodexstelle stammt von Kaiser Alexander Severus[1] (222—235 n. Chr.). Das Rescript erörtert die Rechtslage, welche sich ergibt nach dem Tode der Frau, wenn zu ihren Lebzeiten auf ihren Namen dem Manne gehörige Sachen bei irgend einer Person in Verwahrung gegeben worden sind. Es war angefragt worden, ob die Frau resp. ihre Erben Eigentum an den deponierten Sachen erworben hätten. Der Kaiser resp. der Jurist, welcher das Rescript aufgesetzt hat, ist der Ansicht, daß der Mann sein Eigentum noch nicht verloren habe, denn erstens sei,

[1]) Zur Zeit des Kaisers Septimius Severus (193—211 n. Chr.) und seines Nachfolgers Caracalla war bereits das Schenkungsverbot dahin modifiziert worden, daß Schenkungen unter Ehegatten dann ihre Gültigkeit behalten, wenn der Schenkende vor dem Beschenkten stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, sie wurden dann als donationes mortis causae angesehen. (vergl. dig. 24. 1. 32.)

wenn man annehmen wolle, daß der Mann es gewesen ist, der die Sachen deponiert hat und seiner Frau durch die Hinterlegung auf ihren Namen die hinterlegten Sachen schenken wolle, diese Schenkung ungültig, da die Beschenkte vor dem Schenker verstorben sei, also sei der Mann noch Eigentümer der deponierten Sachen.[1]) Als zweiten Grund führt der Kaiser zur Rechtfertigung seiner Entscheidung an: „Es ist bekannt, daß, wenn nicht bewiesen werden kann, woher die Frau in der Ehe etwas auf eine ehrenhafte und anständige Weise erworben habe, schon die Pandektenjuristen richtig angenommen haben, daß die Frau diese Sachen aus dem Vermögen des Mannes habe". Also die veteres juris auctores — nach dem Sprachgebrauch die Pandektenjuristen[2]) — sind bereits dieser Ansicht gewesen (merito crediderint!), woraus man folgern muß, daß die eigentliche Praesumtio des Mucius schon lange mit dem Schenkungsverbot in Verbindung gebracht worden ist, wofür ja auch die Ansicht des Pomponius, der 100 Jahre vor dem Erlaß dieses Rescriptes lebte, uns einen Beweis liefert (s. o.). Legen wir das Rescript in seiner ganz wörtlichen Bedeutung aus, so verlangte der Kaiser den Nachweis von der Frau, daß sie die Sachen, welche sie für sich in Anspruch nehmen wollte, honeste erworben hatte. Hierin erkennen wir den Zweck der Pr. M.: Sie sollte eine Strafe für die Frau sein, indem jede Sache, welche durch einen turpis quaestus erworben war, kraft dieser Praesumtio dem Manne zufallen mußte. Das war wenigstens die zur Zeit des Kaisers Alexander herrschende Praxis. Zur Zeit des Pomponius wird wohl gerade so der Nachweis des honeste acquisivisse verlangt worden sein. („evitandi . . . . . ").

Die Entwickelung in der verschiedenen Auffassung der Pr. M. erhält ihren Abschluß dadurch, daß Tribonian sie unter dem Titel „de donationibus inter virum et uxorem" einreiht. Hiermit gibt er zu erkennen, daß die Pr. M. im Zusammenhang mit dem Schenkungsverbot auszulegen ist. Unter der Pr. M. haben wir von jetzt ab den Inhalt der lex 51 zu verstehen, welche von Mucius nur noch den Namen trägt, ihrem Geist nach aber einer ganz anderen Zeit, der Zeit des Pomponius und Tribonian angehört. Nicht Mucius hat die Praesumtio Muciana geschaffen, von der wir heute reden, sondern Tribonian, wenn nicht schon Pomponius: Das sollte durch diese Abhandlung nachgewiesen werden.

Betrachten wir kurz den Inhalt der Tribonianischen Pr. M. Vorausgesetzt wurde, daß ein Rechtsstreit über die Herkunft von im Besitze der Frau befindlichen Sachen besteht. Ein Interesse

---

[1]) s. die Anmerkung auf der vorhergehenden Seite.
[2]) s. Heumann unter „vetus". S. 550.

an dem Ausfall dieses Streits hatte einerseits die Frau, andererseits in erster Linie der Ehemann. Er ist jetzt von einem Beweis seines Eigentums frei, da die Sachen als durch eine unwirksame Schenkung tradierte angesehen werden sollen, wenn nicht die Frau beweist, daß sie das Eigentum auf Grund eines besonderen Titels erworben hat. Auch seine Gläubiger werden sich wohl auf die Pr. M. berufen haben dürfen, ebenso wie seine Erben. Letztere jedoch waren seit dem modifizierten Schenkungsverbot des Kaisers Severus an der Geltendmachung der Pr. M gehindert, wenn der Mann, ohne die Schenkungen zu widerrufen gestorben war, da mit dem Tode des Mannes die Schenkungen konvaleszierten.

Blicken wir zurück auf die von Quintus Mucius persönlich[1]) ausgesprochene Vermutung, so sehen wir, wie der Sinn der Praesumtio im Laufe der Jahrhunderte verkannt worden ist. Aus einer Begünstigung der Frau hat sich eine Begünstigung des Mannes und damit auch seiner Gläubiger entwickelt, das ethische Moment, welches den Quintus Mucius zu seinem Ausspruche veranlaßt hat, trat völlig zurück in den Hintergrund. Eine an sich ungerechtfertigte, wohl aber dem Zuge und der sittlichen Anschauung der Kaiserzeit entsprechende Vermehrung des Vermögens des Mannes war die Folge der neuen Auffassung und Erklärung der Pr. M., wie sie von Justinian ab grundlegend geworden ist.

Ueber die Auffassung der Pr. M. einige Jahrhunderte nach Justinian sind wir durch die Basiliken[2]) orientiert. Diese legen nicht mehr eine nichtige Schenkung des Mannes zugrunde, sondern zeigen bereits die gemeinrechtliche Auffassung in den Worten: „mariti res esse censentur".

II. Im gemeinen Recht.

Das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten und die Mucianische Vermutung sind in Deutschland rezipiert worden.[3]) Sie fanden hier um so leichter Aufnahme, da das deutsche Recht in seinen verschiedenen Partikularrechten bereits Schenkungen zwischen Ehegatten abgeneigt war. So enthält der Sachsen-

[1]) Wir haben im Vorstehenden mit Bremer (a. a. O. S. 65 ff.) angenommen daß die Digenstelle 24,. 1. 51, in welcher Pomponius den Quintus Mucius redend einführt („ait"), die Originalworte des Mucius enthält. A. A. Krüger. S. 174. Anm. 9, ohne seine Behauptung näher zu begründen.
[2]) Heimbach. S. 509.
[3]) Stobbe. S. 143.

spiegel eine Bestimmung, wonach die Frau dem Manne nichts schenken durfte:

> Sachsenspiegel I. Art. 31. § 2.
> Dar umme ne mach nen wif ireme manne nene gave geven an irme eigene noch an irer varende have, wende die man ne mach an sines wifes gude nene andere were gewinnen, nen alse he to dem irsten mit ire untving in vormuntscap.

Der Grund zu diesem Schenkungsverbot war von dem des römischen Rechts wesentlich verschieden. Im deutschen Recht wollte man durch ein solches Verbot der Zersplitterung des Vermögens eines jeden Ehegatten vorbeugen, damit dieses als ein Ganzes den Kindern zufiele, welche als rechte Erben eine einem dinglichen Anspruch sehr ähnlich sehende Anwartschaft auf das Vermögen, insbesondere auf den Grundbesitz hatten. Gedanken, wie solche dem römischen Recht zugrunde lagen, sind also den deutschen Rechtsregeln vollständig fremd. Nichtsdestoweniger konnte die Rezeption der Pr. M. ungehindert erfolgen, da man zur Zeit der Aufnahme des fremden Rechts mehr auf die Tatsache, daß schon im römischen Recht ein Schenkungsverbot existiert hatte, sah, als auf die Gründe, welche ein solches und die Aufstellung der Pr. M. veranlaßt hatten. Als ein weiterer Grund kommt hinzu, daß nach deutschem Recht das Vermögen beider Ehegatten der Ehemann und zwar das auch während der Ehe von jedem derselben neu erworbene in seiner Hand hielt, und dem Manne in erster Linie die Aufgabe zufiel, durch seine erwerbende Tätigkeit seine Familie zu erhalten und das Familienvermögen zu vermehren. Von diesen Rechtsanschauungen, welche die tatsächliche Vermutung nahelegen, daß der Mann das von beiden Ehegatten im Besitz gehaltene Vermögen erworben hat, war der Weg zur Aufnahme der Pr. M. kein weiter.

Diese Gedanken mögen die Aufnahme der Pr. M. begünstigt haben, so daß auch nach Loslösung oder, besser gesagt, infolge der Nichtbeachtung der von Pomponius vermuteten Veranlassung ihrer Einführung, welche für Deutschland jede Bedeutung verloren hatte, die deutschen Rechtsanschauungen der Pr. M. eine innere Berechtigung gewährten. Deshalb vollzog sich auch die Rezeption des Rechtssatzes ohne Schwierigkeiten. [1])

Nach der Rezeption ging man an eine gründliche Durcharbeitung der Pr. M. und an eine Anpassung derselben an die deutschen Verhältnisse. Es ist kein Wunder, wenn die Ent-

[1]) Die Rezeption leugnet der niederländische Jurist Voet, welcher unter Betonung des evitandi erklärt, in Deutschland werde jede Frau für rechtschaffen und anständig angesehen, weshalb die Vermutung keine Bedeutung für das Gemeine Recht habe. (Voet. S. 311.)

stehung mannigfacher Streitpunkte über die Auslegung der beiden genannten Corpusjurisstellen die Folge war. Die mannigfaltigsten Ansichten bestanden neben der Streitfrage über den Zweck der Pr. M., insbesondere über zwei Punkte: Wird vermutet, der Mann habe die streitigen Gegenstände der Frau geschenkt oder wird vermutet, der Mann sei Eigentümer derselben, m. a. W. wie ist das pervenire der Digestenstelle zu übersetzen und zu erklären? — — Wie ist das Verhältnis der beiden Corpusjurisstellen zu einander? Bezog sich die Pr. M. nur auf die während der Ehe erworbenen Sachen oder auf alle im Besitz der Ehefrau befindlichen Sachen?

Zunächst über den Zweck[1]) der Pr. M. einige Worte. Ueber das honestius et verius der Digestenstelle und über das honeste der Codexstelle m. a. W. über den Grund und Zweck der Pr. M. herrschte in der gemeinrechtlichen Literatur Streit. Ursache hierzu war m. E. die zu wenig beachtete geschichtliche Entwickelung des Schenkungsverbots und ursprüngliche Bedeutung der Pr. M. Die meisten Schriftsteller folgen blind der von Pomponius ausgesprochenen Ansicht: evitandi . . . . . Sie übersetzen diese Stelle mit den Worten: „Um den Verdacht schimpflichen Erwerbs zu entfernen", [2]) während der Sinn der Stelle in wörtlicher Uebersetzung doch fast das Gegenteil ist: um schimpflichen Erwerb zu verhüten.

Weshalb der „Verdacht" in die Stelle hereingebracht wird, ist nicht recht klar. Tenge [3]) hat m. E. recht, wenn er sagt, die Absicht des Pomponius sei gewesen, die römische Ehefrau durch die Pr. M. vom Ehebruch abzuhalten, wenigstens insoweit als ein Vermögensgewinn sie dazu bewegen konnte. Die Frau sollte durch die Vermutung die Aussicht verlieren, einen durch unehrbaren Verkehr gemachten Erwerb für sich zu behalten. Es sei erwähnt, daß Dernburg und Korn erkannt haben, daß Mucius die Pr. nicht in der von Pomponius vermuteten Absicht aufgestellt haben kann. Nach Dernburg's Ansicht [4]) wäre eine derartige Vermutung eine Beleidigung vieler, wenn nicht der Mehrzahl der römischen Frauen gewesen. Korn [5]) erkennt richtig das ideale Motiv, von welchem Mucius geleitet worden ist, und spricht ihr die Bedeutung eines Privilegiums für die römische Frau zu; die praktische Seite der Vermutung, die Begünstigung der Männer, sei erst seit Justinian der Pr. abgewonnen worden.

[1]) Daß Mucius selbst einen Zweck bei der Aufstellung der Vermutung nicht im Auge gehabt hat, dürften die Ausführungen im vorigen Abschnitt hinreichend bewiesen haben. Einen Zweck wird dem Ausspruch des Mucius erst durch Pomponius unterlegt.
[2]) Glück. Bd. 26. S. 218. Falkenstein. S. 10—13.
[3]) Tenge. S. 309.
[4]) Dernburg. Pandekten. Bd. III. S. 22. Anm. 3.
[5]) Korn a. a. O. S. 382; ähnlich Ude S. 4.

Gehen wir nun zur Lösung der gestellten ersten Frage über. — In der gemeinrechtlichen Literatur hat sich schon früh ein Streit über die Uebersetzung des „pervenire ad . . . .“ entwickelt; je nachdem man dieses Verbum übersetzt, sind auch die Resultate verschieden, die sich fast einander widersprechen. Das Wort war oben bei der Auslegung der Digestenstelle mit „schenken“ übersetzt worden. Eine solche Uebersetzung wird dem Sinne der Praesumtio des Quintius Mucius entsprechen. Die von den späteren Juristen der Kaiserzeit geförderte Zusammenstellung der Pr. mit dem Schenkungsverbot bestätigt diese Auslegung der Pr. M. Die Schriftsteller nun, welche das „pervenire“ mit „schenken“ übersetzen, gehen von dem Grundsatz aus, daß bei der Auslegung einer Corpusjurisstelle die Titelrubrik herangezogen werden müsse, weil der Verfasser der Digesten doch nicht rein nach Belieben die Excerpte untergeordnet hätte, sondern durch Zusammenstellung derjenigen desselben Inhalts das Wesen eines Rechtsinstituts zum Ausdruck bringen wollte. So erklärt schon Stryk[1]) die Stelle mit den Worten: „Quando non constat quo titulo uxor rem acquisierit, potius eidem censetur donata a viro quam turpi lucro quaesita“ und führt als Gründe an, einmal die Rechtsregel: textus in dubio ex rubrica explicandus sit, dann aber spreche auch für eine solche Auslegung der Umstand, daß die oben erwähnte Kodexstelle auch von einer der Frau gemachten Schenkung spreche und im Anschluß daran die Pr. M. erwähne. Ferner sind Vertreter der Ansicht, daß die Praesumtion dahin aufzufassen sei, daß die Vermutung bestehe, im Besitze einer Ehefrau befindliche Sachen, über deren Herkunft Streit bestehe, seien ihr vom Mann geschenkt, u. a. Winscheid-Kipp, [2]) Puchta, [3]) Glück, [4]) Sintenis, [5]) Wächter. [6]) Wir schließen uns der Ansicht dieser bedeutenden Pandektisten an, zumal da diese Auslegung sowohl der ursprünglichen Bedeutung der Pr. M. wie ihrer praktischen Handhabung am besten entspricht.

Andere Schriftsteller lassen den Zusammenhang der Digestenstelle für ihre Auslegung beiseite. Sie schenken der Titelrubrik keine Beachtung und glauben durch eine unabhängige Uebersetzung am besten dem ursprünglichen Sinn der Vermutung nahezukommen. Nach ihrer Ansicht drückt das „pervenire“ nur die bloße Besitzerlangung aus, die ohne titulus geschehen sei. Das Eigentum an den Sachen sei immer noch beim Manne ge-

---

[1]) Stryk. S. 247.
[2]) a. a. O. Bd. III. S. 54.
[3]) a. a. O. § 413. c.
[4]) a. a. O. Bd. 26. S. 217.
[5]) a. a. O. S. 72.
[6]) a. a. O. Bd. III. S. 583.

blieben und die Frau befinde sich nur in dem ohne Rechtsgrund erlangten Besitz der Sachen. Sie geben der Pr. M. folgenden Inhalt: Wenn Streit darüber entsteht, woher die Frau den Besitz von Sachen erhalten hat, so wird vermutet, daß dieselben ohne jeden Titel in den Besitz der Frau gelangt sind, der Mann mithin noch Eigentümer geblieben ist. Diese Auffassung wurde besonders im 17. Jahrhundert von den Pandektisten vertreten, so von Menochius,[1]) Brunnemann,[2]) Leyser.[3]) Stryk stellt sie als die am meisen verttretene Ansicht seiner Zeit hin.

In dieser Auffassung und gewundenen Uebersetzung der Digestenstelle sehen wir das deutliche Bestreben, das Schenkungsverbot in der Auslegung der Pr. M. auszuschalten, und auf direktem Wege durch Aufstellung einer Eigentumsvermutung zugunsten des Mannes dasselbe Ziel zu erreichen. Die deutschrechtlichen, bereits oben geschilderten Anschauungen sind es m. E. gewesen, welche im Laufe der Jahrhunderte nach der Rezeption zu einer Anwendung der Pr. in dem oben geschilderten weiteren Sinne drängten. Die Pr. M. wird durch sie von der Grundlage, auf welcher sie das römische Recht konstruiert hatte: der Nichtigkeit der Schenkungen unter Ehegatten, abgelöst, sehr zum Nachteil der Frau. Konnte sie sich früher schon damit verteidigen, daß die Annahme einer Schenkung aus den von ihr angegebenen Gründen nicht möglich sei, so mußte sie jetzt den vollen Beweis ihres Eigentums an den streitigen Sachen erbringen, da jetzt vermutet wurde, daß alles, was sich in den Händen eines der Ehegatten befand, und damit der Herrschaft des Mannes unterstand, bis zum Beweise des Gegenteils Eigentum des Mannes sei. Trotzdem Puchta[4]) und Sintenis[5]) auf den Zusammenhang mit dem Schenkungsverbot hinwiesen, ist die Pr. in dieser modern gemeinrechtlichen Gestalt von einer Reihe angesehener Schriftsteller der Gegnwart als geltendes gemeines Recht gelehrt werden, so von Dernburg,[6]) Mühlenbruch,[7]) Wendt[8]) u. a.

Worin liegt nun der praktische Unterschied dieser beiden Auffassungen? Wir müssen uns da an die Modifizierung des Schenkungsverbots durch den Kaiser Severus erinnern, wonach Schen-

---

[1]) Menochius (Italiener, † 1607. Der erste Rechtsgelehrte, welcher eine umfassende Ausführung über die Pr. M. geliefert hat. Er selbst bezeichnet seine Ausführungen als eine „diligens et accurata explanatio".). S. 313 ff.

[2]) Brunnemann († 1672), S. 654: „bona constante matrimonii acquisita regulariter ad maritum pertinent.

[3]) a. a. O. S. 362.

[4]) a. a. O. § 413. c.

[5]) a. a. O. S. 72.

[6]) a. a. O. Pandekten. Bd. III. § 12.

[7]) a. a. O. Bd. III. § 519.

[8]) a. a. O. S. 705, ferner Runde § 48, Stobbe a. a. O. S. 176

kungen dann gültig sein sollten, wenn der Beschenkte den Geschenkgeber überlebte und dieser, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, gestorben war. Die Frau war, solange ihr Mann die Schenkung nicht widerrufen hatte, im Besitz des geschenkten Gegenstands. Nach seinem Tode verwandelte sich dieser Besitz in volles Eigentum der Frau, da seit der Oratio divi Severi das Recht des Widerrufs den Erben des Mannes nicht mehr gewährt wurde.

Hieraus geht hervor, daß beide Anschauungen zu demselben Resultat kommen, wenn die Pr. nach der Ehescheidung angewendet werden soll, aber zu sehr verschiedenen Ergebnissen, wenn sie nach dem Tode des Mannes von seinen Erben angerufen wird. Ist nämlich der Mann ohne Widerruf der Schenkung gestorben, diese also konvalesziert, so ist die Position der Ehefrau günstiger, da sie Eigentümerin der Geschenke geworden ist. Den Erben des Mannes liegt dann der Beweis ob, daß der Mann bei seinen Lebzeiten die Schenkung widerrufen hat. Das ist die Konsequenz der Anschauung, welche eine Schenkung vermutete. Das entgegengesetzte Resultat ergibt die andere Anschauung. Wenn man annimmt, daß die Frau nur den Besitz erlangt hat, so wird diese dadurch sowohl bei Lebzeiten als auch nach dem Tode des Mannes sehr ungünstig gestellt, da zugunsten des Mannes und auch seinen Erben gegenüber die Vermutung gilt, daß sie die streitigen Sachen nur zu Besitz bekommen hat. Im Falle des Todes des Ehemannes kommt man also, je nachdem man Anhänger der einen oder der anderen Ansicht ist, zu entgegengesetzten Resultaten, ein Zeichen, daß die zuletzt erwähnte Anschauung, welche auf direktem Wege, ohne das Schenkungsverbot zu beachten, dasselbe Ergebnis erreichen will, doch unter Umständen zu rein willkürlichen und deshalb bedenklichen Ergebnissen führt.[1])

Unter den Pandektisten war man sich ferner nicht einig, ob man die Pr. M. auf alle im Vermögen der Frau stehenden Sachen beziehen solle oder nur auf die während der Ehe erworbenen. Für die Entscheidung dieser Frage ist vor allem die bereits oben erwähnte Kodexstelle v. 16. 6. von den Schriftstellern herangezogen worden. Auf Grund dieses Reskriptes ist verschiedentlich die Pr. M. einschränkend dahin ausgelegt worden, daß sie nur dann zur Anwendung komme, wenn der Erwerb während der Ehe feststünde. So ist die Pr. M. von Menochius,[2]) Stryk,[3]) Brunnemann,[4]) Glück,[5]) Puchta,[6]) und Sintenis[7]) aufgefaßt worden.[8])

[1]) Tenge. S. 309 ff, Ude. S. 15 ff.
[2]) a. a. O. lib. 3. praes. 51. n. 21.
[3]) a. a. O. S. 248.
[4]) a. a. O. § 413. c.
[5]) a. a. O. Bd. 24 S. 391. Bd. 26. S. 217.
[6]) a. a. O. § 135. S. 72.
[7]) Tenge. S. 309 ff.

Der überwiegende Teil [1]) der Pandektisten hält jedoch an dieser Voraussetzung nicht fest. Sie gehen davon aus, daß die Pr. M. auf sämtliche im Besitze der Ehegatten befindlichen Gegenstände Anwendung findet, ohne einen Unterschied zwischen bona matrimonii tempore quaesita und vorehelichem Erwerb zu machen. M. E. ist diese Ansicht die richtige; die Kodexstelle, welche von demjenigen, was die Frau matrimonii tempore quaesierit, spricht, ist nur ein für den Einzelfall erlassenes Reskript, aus welchem man nicht sofort eine allgemeine Rechtsregel machen darf. Die eben erwähnten Schlußworte der Kodexstelle, wörtlich genommen, würden zu ungunsten der Frau ihr nur den Nachweis eines während der Ehe gemachten ehrenhaften Erwerbs offen lassen, sodaß ihr nicht nur die Geltendmachung eines unehrenhaften Erwerbs, sondern auch jede Berufung auf einen Erwerb vor der Ehe abgeschnitten wäre. Dieses Resultat wird mit Recht von Tenge [2]) als ein unannehmbares bezeichnet, da die Folge sein würde, daß der Frau das gesamte Vermögen, welches sie bereits vor Eingehung der Ehe besessen hat, zugunsten des Mannes entzogen werden würde. Von einem anderen Gesichtspunkte aus bekämpft von Buchka [3]) die einschränkende Auslegung der Kodexstelle. Er hält das „honeste quaesierit", [4] die Hervorhebung der Ehrenhaftigkeit als eine Anspielung auf die Veranlassung, welche dereinst den Mucius zur Aufstellung der Praesumtio bewog, also als einen Hinweis auf die Digestenstelle, welche die Praesumtion in dieser Einschränkung noch nicht kannte. Hierdurch wie insbesondere noch durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die Autorität der Digestenjuristen habe der Kaiser zu erkennen gegeben, daß er kein neues Recht schaffen wolle. Diese Erwägung rechtfertige es, die Digestenstelle als die maßgebende anzusehen. Zum Schlusse kommt als letztes wichtiges Argument noch der in der Kodexstelle vom Kaiser entschiedene Fall in Betracht. Hier stand wie dies von Tenge [2]) zutreffend ausgeführt worden ist, ein Erwerb der Frau vor der Ehe überhaupt nicht in Frage, sondern es war nur hier die Absicht, dem „matrimonii tempore" den Zustand, wie er nach ihrem Tode war, gegenüberzustellen. Also hatte der Kaiser auch nicht die Absicht, durch das Reskript die Digestenstelle einschränkend zu modifizieren.

Diese von Tenge und Buchka angeführten Gründe scheinen uns überzeugend gegen eine restriktive Interpretation der Pr. M. im Gemeinen Recht zu sprechen.

---

[1]) Dernburg. a. a. O. S. 21, Mühlenbruch. S. 32, Stobbe. S. 176, Wendt. S. 705, Runde. S. 114.
[2]) a. a. O. S. 310 ff.
[3]) a. a. O. S. 76 ff.
[4]) Der Codexstelle V. 16. 6.

Die praktischen Folgen der einengenden Auslegung zeigen sich in der Regelung der Beweislast, auf welche vor allem Puchta[1]) und Sintenis[1]) hingewiesen haben. Nach ihnen, den Vertretern der einschränkenden Auffassung muß der Mann zunächst beweisen, daß die Sachen, um die sich der Streit dreht, die Frau während der Ehe erworben hat. Ist dieses festgestellt, so liegt erst dann der Frau der Beweis ob, daß sie die Sachen vom Manne oder von einem Dritten rechtmäßig (also nicht durch Schenkung) erworben hat. Eine solche Verteilung der Beweislast macht aber die praktische Anwendung der Pr. M. nahezu wertlos,[2]) denn bei dem Beweise der Zeit des Erwerbs wird der Mann unbedingt die Art und Weise des Erwerbs nachforschen müssen und das Ergebnis dieser Nachforschungen, um nicht wegen ungenügender Substantiierung der Klage abgewiesen zu werden, dem Gerichte darlegen. Zeigt sich dabei, daß die Frau den Erwerb während der Ehe gemacht hat, so ist dieser entweder vollgültig — dann wird der Mann mit seiner Klage abgewiesen, da die Pr. M. gar nicht in Betracht kommt, — oder es liegt eine Schenkung seitens des Mannes vor, infolgedessen ist der Streit durch das Eingreifen des Schenkungsverbots zugunsten des Mannes entschieden. In beiden Fällen hat also der Beweis seitens des Mannes, daß die Frau während der Ehe die Sachen erworben hat, eine völlige Ausschaltung der Pr. M. zur Folge, was sicher nicht in der Absicht der Verfasser der beiden Corpusjurisstellen gelegen hat.[3]) [4]).

Man hat die schweren Schäden, welche durch eine allzu schroffe Anwendung der Pr. M. dem Vermögen der Frau zugefügt werden konnte, im gemeinen Recht wohl erkannt und hat versucht, durch Aufstellung von „Gegenvermutungen" zugunsten der Frau die Anwendung der Pr. M. auszuschließen. Daß man damit über die Voraussetzungen der Pr. M. hinausging, dessen war man sich bewußt. Unter diesen „Gegenvermutungen"[5]) sind nicht praesumtiones juris, Rechtsvermutungen zu verstehen, welche zugunsten der Frau aufgestellt, dem Manne den Beweis des Gegenteils aufbürden würden, sondern es sollten nur praesumtiones facti sein, also ein zur Widerlegung der Praesumtion im Einzelfalle sehr geeigneter tatsächlicher Umstand. So kommt die Pr. M. vor allem dann nicht zur Anwendung gegenüber dem Manne, wenn dieser zugibt, die Sache gehöre der Frau. Im gemeinen Recht bestand allerdings Streit hierüber. Einige Pandektisten faßten dieses Ge-

[1]) Puchta. § 415 c, Sintenis. § 135.
[2]) Das haben schon Menochius und Stryk erkannt. Menochius No. 25, Stryk. S. 249.
[3]) Tenge. S. 314. Dernburg, Pandekten Bd. III. S. 22. Anm. 3.
[4]) Motive a. a. O. Bd. 4. 127.
[5]) Von Stryk „Praesumtiones pro uxore" genannt. S. 527. Brunnemann spricht bereits von „contrariae probationes". S. 654.

ständnis des Mannes als eine tacita donatio an die Frau auf und wollten trotzdem die Pr. M. gelten lassen, da ein solches Geständnis in fraudem legis gegeben worden sei.[1]) Nach Menochius [2]) und Stryk [3]) sollte ein solches Geständnis die Vermutung zwischen Ehegatten außer Kraft setzen, nicht aber den Gläubigern gegenüber, weil diese dadurch benachteiligt würden. Ferner kommt die Pr. M. nicht zur Geltung, wenn es „satis constet, mulierem divitem marito inopi nupsisse". [4]) In einem solchen Falle, wo der Mann völlig vermögenslos ist, könne, wie Stryk sagt, doch nicht vermutet werden, daß alle Sachen, deren Herkunft streitig ist, die Frau aus dem Vermögen des Mannes erworben habe. Ferner wird die Pr. M. dann nicht angewendet, wenn die Frau in ihrem eigenen Geschäftsbetriebe etwas erwirbt oder wenn sie mit der Verwaltung eines fremden Vermögens betraut, Gegenstände erwirbt. [5]) Zum Schluß sei der noch am meisten praktisch werdende Fall der sog. „Einheirat" kurz besprochen. Diese liegt dann vor, wenn eine Frau zum zweitenmal heiratet und ihren zweiten Mann in das Vermögen ihres verstorbenen Gatten einführt [6]) Für diesen Fall stellt Mevius [7]) eine der Pr. M. entgegengesetzte Vermutung auf, indem er ausführt; hat der neue Ehegatte Besitz ergriffen, ohne daß ein vorschriftsmäßiges Inventar von denjenigen Sachen, welche beim Abschluß der zweiten Ehe im Besitze der Witwe waren, angefertigt war, so müsse man annehmen, daß alles denjenigen Hausgenossen gehöre, welche mit dem ersten Manne zusammengelebt haben, bis der zweite Mann sein Eigentum an den fraglichen Gegenständen nachgewiesen hat. Diese Gegenvermutung ist m. E. aus dem Grunde eingeführt worden, weil gerade hier die Pr. M. den wirklichen Verhältnissen nicht entspricht; die Frau müßte zu ihrem eigenen Schaden bei dieser Einheirat das Eigentum an den von ihr in die neue Ehe mit eingebrachten Sachen beweisen, während ein solcher Beweis doch offensichtlich besser dem neuen Gatten, welcher sich in den Besitz des Frauenvermögens gesetzt hat, auferlegt wird. Die eben erwähnte Gegenvermutung bekämpft Leyser, [8]) welcher sie nur für den Fall der notorischen Vermögens-

---

[1]) Nach Menochius (S. 315 No. 28) waren Baldus und Aretinus dieser Ansicht.
[2]) Menochius. S. 316 No. 31.
[3]) Stryk. S. 256.
[4]) Stryk. S. 258.
[5]) Stryk. S. 257. Menochius. No. 32 und 39.
[6]) Stryk. S. 253.
[7]) Mevius. (lebte 1609—1670). praes. V. rec. 359. No. 12—14. S. 610. Ihm folgen Stryk. S. 253. Brunnemann. S. 219. Glück. S. 219. Sintenis. S. 72. Anm. 37. Dernburg. Pr. Privatrecht. S. 89.
[8]) Leyser (lebte 1683—1752). S. 365. Er will eine Vermutung dahin aufstellen, daß jedem Ehegatten der zweiten Ehe die Hälfte des Vermögens gehöre.

losigkeit des zweiten Mannes angewendet wissen will, und von den neueren Schriftstellern Holzschuher, [1]) welcher für diesen Fall sowohl die Pr. M. wie die Gegenvermutung des Mevius außer Kraft gesetzt wissen will und die Vermutung eines Miteigentums der beiden Eheleute aufstellt. [2])

Wie aus vorstehenden Ausführungen hervorgeht, war der Inhalt der Pr. M. im einzelnen ein sehr umstrittener; auch die Praxis, welche sonst oftmals Kontroversen des Gemeinrechts schlichten half, hat keine Aenderung in dem Streite der Ansichten geschaffen. Der Eigentumsvermutung folgen die O. A. G. zu Celle [3]) und Oldenburg. [4]) Der Schenkungsvermutung stimmen die Ergebnisse der O. A. G. zu Dresden, Rostock, Wolffenbüttel, Celle [5]) bei Rostock und Wolffenbüttel mit der Beschränkung, auf die während der Ehe erworbenen Sachen. — Das Reichsgericht hat sich leider mit den gemeinrechtlichen Streitfragen der Pr. M. nicht beschäftigt.

Werfen wir einen Rückblick auf den oben geschilderten gemeinrechtlichen Ausbau der Pr. M., so sehen wir, wie unter dem Einflusse deutschrechtlicher Anschauungen die Pr. M. von ihrer eigenen Grundlage, auf welche sie Justinian gestellt hatte, dem Schenkungsverbot abgelöst worden ist. Man ging — diese Ausdehnung begann schon im 16. Jahrhundert unter Menochius — nicht mehr von der Vermutung einer Schenkung, seitens des Mannes aus, sondern verließ diesen Umweg und stellte die Vermutung in dem Sinne auf: Alle im Besitze der Frau befindlichen Sachen, deren Herkunft diese nicht nachweisen kann, stammen aus dem Vermögen des Mannes, welcher sein Eigentumsrecht daran nicht verloren hat. Man stärkte dadurch die Stellung des Mannes und seiner Gläubiger. Diese Modifikation der Pr. M. läßt sich nicht leugnen, sie wird von vielen, insbesondere den neueren Pandektisten, [6]) vertreten, auch die Motive zum BGB. [7]) nehmen eine solche an. Auch die ganze neuere Gesetzgebung hat die Vermutung, soweit sie überhaupt aufgenommen ist, regelmäßig von der Grundlage abgelöst, auf welcher sie im römischen Recht beruhte.

[1]) Holzschuher. S. 597.

[2]) An dieser Stelle sei die bereits am Ende des 1. Abschnitts (S. 19) bei der Besprechung der Kodexstelle aufgeworfene Frage erörtert, ob die Praesumtio Muciana Anwendung findet, wenn die Frau selbst zugibt, aus einer unsittlichen Handlungsweise die streitigen Gegenstände erworben zu haben. Für das römische Recht haben wir die Frage bejaht. Im Gemeinen Recht wurde sie verneint, der Erwerb ex turpi quaestu also der Frau zugesprochen, vergl. Menochius. S .316. praes. 51. No. 37. Stryk: „in adultera cessat illa probatio" (S. 255), Tenge. S. 312.

[3]) Seuffert, Archiv. Bd. 9, No. 298.

[4]) Seuffert, Archiv. Bd. 19. S. 250.

[5]) Seuffert, Archiv. Bd. 2, No. 362. Bd. 11, No. 250. Bd. 30, No. 290,

[6]) Mühlenbruch. S. 32. Stobbe. S. 176. Wendt. S. 705. Runde. S. 114. Bernburg. S. 21.

[7]) Motive B. IV. S. 127.

III. In den Kodifikationen.

Die Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts in Preußen, Frankreich und Sachsen folgen zu sehr noch ihrem erhabenen Vorbilde, dem gemeinen Recht, als daß sie sich zu einer grundlegenden Aenderung der Pr. M. entschlossen hätten. Die Pr. M. hatte im Laufe der Jahrhunderte gezeigt, daß sie einem praktischen Bedürfnis gerecht wurde, ihre Mängel waren im gemeinen Recht durch Gegenvermutungen gemeldet worden. Es lag kein Grund vor, die Pr. M. abzuändern. Sie wurde deshalb auch in die Kodifikationen mitübernommen und zwar in der dem deutschen Rechtsbewußtsein mehr entsprechenden Form der Eigentumsvermutung. Doch ist ihre Stellung und ihre praktische Bedeutung in den verschiedenen Kodifikationen eine verschiedene; das hängt zusammen mit der Stellung, welche die bezeichneten Gesetzgebungen zum ehelichen Güterrecht, einnahmen. Dasjenige Güterrecht, welches am wenigsten den Gläubigern des Mannes den Zugriff in das Vermögen der Frau gestattet, wird erklärlicherweise zur Vermeidung von Verdunkelungen der innerehelichen Vermögensverhältnisse am meisten den Gläubigern einen Schutz gegen diese Gefahren geben müssen, wie umgekehrt je mehr das Güterrecht zu einer Kreditbasis gegen Gläubiger ausgestaltet war, umso weniger ein solcher Schutz nötig war. Das Mittel, das den Gläubigern diesen Schutz bot, fand man in der gemeinrechtlichen Pr. M., welche demnach eine verschiedene Stellung im Güterrecht einnimmt, wie die folgende Betrachtung zeigen soll.

Im preußischen A. L. R. hat die Pr. M. ausdrücklich keine Aufnahme gefunden; sie ist aber andererseits dadurch nicht beseitigt worden, sondern sollte nach Suarez auch weiterhin angewendet werden. Der Redaktor äußert sich in der Rev. monitorum [1]) folgendermaßen: „Wenn es nicht erhellt, so tritt die nirgends aufgehobene Rechtsvermutung „quae in domo mariti sunt, praesumuntor esse mariti" in Wirkung. Die Praxis hat von dieser Ansicht des Redaktors überall da Gebrauch gemacht, wo bei Trennung der Ehe oder bei Aufhören der Verwaltungs- und Nießbrauchsbefugnisse des Mannes eine Scheidung der Vermögensmassen beider Eheleute erforderlich war. Hier lag der Frau der Beweis ob, für das Eigentum an den von ihr in Anspruch genommenen Sachen. Ebenso hat die Pr. M. auch den Gläubigern des Mannes gegenüber ihre Geltung behalten. Die Frau mußte, wenn sie die von den Gläubigern des Mannes gepfändeten Gegenstände für sich in Anspruch nahm, intervenieren und ihr Eigentum an diesen nachweisen. Wie im gemeinen Recht, so war auch im preußischen

[1]) Suarez: Gesetzesrevision Pens. 15. S. 149. Dernburg. P. Pr. S. 92. Motive IV. S. 127.

Recht das Anerkenntnis des Mannes, daß bestimmte Sachen der Frau gehörten, dem Manne und seinen Erben gegenüber als Beweis des Eigentums der Frau vollgültig. [1]) Den Gläubigern gegenüber galt dieses nicht infolge der allzugroßen Gefahr, daß das Anerkenntnis von seiten des Ehemanns zum Zwecke der Benachteiligung seiner Gläubiger aufgestellt worden war.

Wie im gemeinen Recht, so war es auch unter der Herrschaft des A. L. R. sehr zweifelhaft, ob alle Gegenstände der Frau der Vermutung unterlagen oder ob gewisse davon ausgenommen werden mußten. Von allen Seiten wird anerkannt, daß die Pr. M. sich nur auf Mobilien bezog, nicht auf Grundstücke, Forderungen und andere auf den Namen der Frau geschriebenen Rechte. Im Märkischen Provinzialrechte unterlagen nach Korn [2]) die zum persönlichen Gebrauche benutzten Gegenstände der Frau nicht der Vermutung; hier bestand vielmehr die Gegenvermutung, daß Schmuckgegenstände, Kleider und andere speziell für die Frau angeschafften Sachen der Frau gehörten. Eine Ausdehnung dieses Satzes auf das ganze Gebiet des A. L. R. läßt sich nicht nachweisen.

Für ein spezielles Gebiet hatte das A. L. R. eine ausdrücklich der Pr. M. analoge Vorschrift geschaffen. Bei der „Absonderung des eigentümlichen Vermögens des überlebenden Ehegattens" von dem Nachlasse des Verstorbenen kommt nämlich „dem Manne, dessen Erben oder Gläubigern im zweifelhaften Falle die Vermutung zustatten, daß das Vorhandene zu seinem Vermögen gehört". [3]) Die Praxis hat diese Bestimmung, wie bereits im Anfang erwähnt, auf andere ähnliche Fälle angewendet. [4])

Im französischen Recht hat die Pr. M. nicht die Bedeutung erlangt wie im deutschen Recht. Der Grund dafür liegt darin, daß bei dem gesetzlichen Güterrecht des Code Civil, der Fahrnisgemeinschaft eine der Pr. M. analoge Vorschrift im Interesse des Mannes oder seiner Gläubiger nicht notwendig war. Die Fahrnisgemeinschaft ist die Gemeinschaft des gesamten beweglichen Vermögens beider Ehegatten samt der ehelichen Errungenschaft. [5]) Hier haftet also den Gläubigern des Mannes bereits das gesamte Mobilar beider Ehegatten, eine Vermutung im Sinne der Pr. M.

---

[1]) Dernburg. Pr. Pr. S. 91.

[2]) Korn. S. 385—392. In der Mark Brandenburg konnte sich dieser Rechtsgedanke um so leichter Geltung verschaffen, weil hier die ersten drei Titel des II. Teil des A. L. R. durch Art. VII des Publikations-Patentes vom 5. Februar 1794 suspendiert wurden und es auch später blieben. Hier kam also bezüglich des Familienrechts das Gemeine Recht zur (subsidiären) Anwendung, vorausgesetzt, daß es „klar und unstreitig rezipiert" war.

[3]) A. L. R. II. § 544.

[4]) Korn. S. 385. Dernburg. Pr. Pr. § 27. Note 1. Förster-Eccius, Bd. IV. § 208. No. 37.

[5]) C. C. Art. 1407, 1421. Zachariae-Crome, Bd. III, S. 241.

erübrigt sich daher. [1]) Die Gläubiger des Mannes und die Gemeinschaftsgläubiger werden auch noch durch die Vermutung geschützt, daß jedes einzelne Fahrnisstück für Gemeingut zu halten ist, bis nachgewiesen wird, daß es durch eine besondere gesetzliche Vorschrift oder durch eine rechtlich zulässige Verfügung von jener Regel ausgenommen ist. [2])

Eine ähnliche Bestimmung zugunsten der Gläubiger des Mannes findet sich bei dem vertragsmäßig bestimmten Güterstand der Errungenschaft. Hier sind die sämtlichen Mobilien, welche die Eheleute während der Ehe oder bei der Auflösung der Gemeinschaft besitzen, im Verhältnis zu dritten für Errungenschaft zu halten und hierdurch dem Zugriffe der Gläubiger des Mannes unterworfen. [3]) Auch im Verhältnis der Ehegatten und ihrer Erben zu einander wird diese Vermutung von der jetzt in Frankreich herrschenden Doktrin angewendet. Mittel für den Gegenbeweis z. B. Inventar stehen der Frau zur Seite

Leben die Ehegatten nach dem Heiratsvertrag in Gütertrennung, so sind die Gläubiger des Ehemannes mangels einer ausdrücklichen Vorschrift im Sinne der Pr. M. nicht geschützt und können sich nur an das Vermögen des betreffenden Ehegatten halten. Pfänden z. B. Gläubiger des Mannes im Besitze beider Ehegatten befindliche Sachen, so müßten sie nachweisen, daß diese Eigentum des Mannes sind. Zur Erleichterung dieses Beweises stellen einige Schriftsteller eine der Pr. M. analoge Vermutung für das Prozeßrecht dahin auf: In der ehelichen Wohnung oder im Besitze des Mannes befindliches Mobilarvermögen gilt als Eigentum des Ehegatten, welcher Schuldner des Gläubigers ist, sofern es nicht von demjenigen Ehegatten, welcher nicht Schuldner ist, als sein Eigentum ausgewiesen wird.

Die jüngste partikularrechtliche Kodifikation des Civilrechts, das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863 hat ausdrücklich die Pr. M. im § 1656 aufgenommen; derselbe lautet:

> Alle beweglichen Sachen in der Wohnung des Ehemannes gehören im Zweifel dem Ehemann eigentümlich, ausgenommen, wenn sie zur Bekleidung, zum Schmucke oder sonst zum Gebrauche bloß für die Person der Ehefrau bestimmt sind.

Diese Bestimmung hat große Aehnlichkeit mit der Pr. M. des gemeinen Rechts. Eine Beschränkung derselben zeigt sich darin, daß nur die in dem unmittelbaren Besitze, „in der Wohnung" des Ehemanns befindliche bewegliche Sachen der Vermutung

---

[1]) Für das Handelsrecht ist sie in einer dem § 45 KO. ähnlichen Abfassung aufgenommen worden (c. de commerce art. 559).
[2]) C. C. Art. 1401 ff.
[3]) Ueber die Versuche, auch bei uns eine dem Art. 1499 entsprechendes Vermögensverzeichnis einzuführen, vergl. Motive IV. S. 130.

unterliegen, eine Erweiterung zeigt sich andererseits darin, daß der bereits im gemeinen Recht zur teilweisen Anerkennung gelangte Gedanke, daß die Gerade der Frau von der Vermutung ausgenommen werden muß, ausdrücklich Aufnahme gefunden hat.

Reichsgesetzlich wurde die Pr. M. im § 57 der K. O. vom 10. Februar 1877 verwertet. Der Gedanke war auch hier die Begünstigung der Gläubiger des Mannes durch Verwertung von Sachen für die Konkursmasse, welche mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben worden sind, wenn Verhältnisse vorliegen, daß es „ein Postulat der Gerechtigkeit ist, daß sie zur Deckung der Gläubiger verwendet werden." Der § 37 (§ 45 der neuen K. O.) wird noch weiter unten behandelt werden. [1])

Es sei an dieser Stelle noch zweier nicht deutscher Kodifikationen gedacht. Das Oesterreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 hat die Pr. M. nicht aufgenommen, eine ähnliche Bestimmung sichert aber die Gläubiger des Mannes: „Auf das, was ein jeder Teil (der beiden Ehegatten) während der Ehe erwirbt, hat der andere keinen Anspruch. Im Zweifel wird vermutet, daß der Erwerb vom Manne herrühre." (§ 1237.)

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 enthält m. E. eine der Pr. M. ähnliche Bestimmung für die Güterverbindung in den §§ 196: „Behauptet ein Ehegatte, daß ein Vermögenswert zum Frauengut gehöre, so ist er hierfür beweispflichtig", in Verbindung mit § 195 II: „Der Ehemann hat das Eigentum an dem von ihm eingebrachten Gute und an allem ehelichen Vermögen, das nicht Frauengut ist." [2])

---

[1]) Kobler, Konkursrecht. S. 184.

[2]) Für die Gütergemeinschaft des Schw. ZGB. siehe die §§ 215, Abs. 3, 222

II. Kapitel.

Der § 1362 und seine Stellung im heutigen Reichsrecht.

I. Der § 1362.

1. Die Vermutung des Abs. 1.

a) Entstehungsgeschichte des § 1362.

Das BGB. mußte auf eine Fortbildung der in dem größten Teil Deutschlands als geltendes Recht anerkannten Vermutung bedacht sein. Es mußte dem praktisch am besten brauchbaren, unbestrittenen Inhalt der gemeinrechtlichen Vermutung in einer dem modernen Geist und der modernen Auffassung des Wesens der ehelichen Gemeinschaft im Verhältnis der Ehegatten zu einander wie namentlich ihren Gläubigern gegenüber angepaßten Form zum Gesetze erheben.

Auch das BGB. mußte zu dem Bedürfnis, die Gläubiger des Mannes gegen eine absichtliche oder unabsichtliche Vermischung der beiderseitigen Vermögensmassen zu schützen Stellung nehmen, umsomehr, als gerade der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung nicht darauf angelegt ist, eine Kreditbasis für die Gläubiger des Mannes zu bilden und deshalb das Schutzbedürfnis dieser Gläubiger insbesondere im Wege der Zwangsvollstreckung in Gestalt eines besonders leichten und raschen Zugriffs groß ist. Zu gunsten der Gläubiger mußte die Pr. M. fortbestehen. Dagegen lag ein solches Bedürfnis zu gunsten des Ehemannes nicht mehr vor. Die Gründe, welche das römische Recht zur Aufstellung der Vermutung veranlaßt hatten, waren längst unbeachtet, weil sie den gemeinrechtlichen Verhältnissen nicht mehr entsprachen; auch die Gründe, auf welchen die Anerkennung der Pr. M. zugunsten der Gläubiger des Ehemannes beruhte, nötigen an sich nicht zu einer Ausdehnung. Vollends, und das ist der Hauptgrund, nimmt das BGB. eine ganz andere Stellung ein gegenüber der Ehefrau in vermögensrechtlicher

Hinsicht als seine Vorläufer, namentlich das gemeine Recht. In diesem Recht war die Erwerbsfähigkeit der Frau stark beschränkt, als Regel galt der Satz: Alles, was die Frau erwirbt, erwirbt sie dem Manne. Diese Anschauung[1]) beherrschte auch den Sachsenspiegel, das sächsische und preußische Recht. (S. BGB. § 1668. ALR. II 1. § 211 u. 220). Ferner konnte man bei den früheren sozialen Verhältnissen, wo die Frau selten eine gewerbliche Tätigkeit ausübte, leichter zu der Annahme gelangen, daß der Mann der Erwerber der in der Wohnung der Ehegatten befindlichen Sachen war. Man empfand deshalb die Vermutung zu gunsten des Mannes nicht als Unbilligkeit. Das BGB. kennt von solchen Beschränkungen der Frau im Erwerbsleben nichts. Die Ehefrau erwirbt jetzt, was sie durch ihre Arbeit oder durch den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt, nicht mehr dem Ehemanne, sondern für sich selbst.[2]) Es ist deshalb keineswegs gesagt, daß die im Hause befindlichen Gegenstände immer vom Mann erworben sind, zumal auch nach einer in Deutschland ziemlich verbreiteten Sitte ein großer Teil des Haushaltsinventar von der Ehefrau als Aussteuer mit in die Ehe gebracht wird und ihr Eigentum bleibt. Unter solchen Umständen würde es höchst ungerecht sein und auch den tatsächlichen Verhältnissen widersprechen, wenn man durch eine Vermutung zugunsten des Ehemannes die Frau in die Gefahr bringen würde, ihr Mobiliarvermögen zu verlieren. Die Vermutung zugunsten des Mannes mußte deshalb fallen, ebenso diejenige zugunsten seiner Erben. Die Zeiten haben sich geändert, unter den heutigen Verhältnissen wird man wohl ebensoviele der in dem Besitze der Eheleute befindlichen Sachen der Frau zusprechen dürfen, wie dem Manne. Dagegen konnte die Pr. M. nicht ganz in Wegfall kommen, sondern mußte ihre Geltung zugunsten seiner Gläubiger behalten, weil diese einer Handhabe zur raschen Pfändung bedürfen, da eine vorherige Prüfung der Eigentumsverhältnisse an den Mobilien der Ehegatten wohl in den meisten Fällen ausgeschlossen sein dürfte.

Sehen wir zu, wie die Entwürfe sich zu diesen Gedanken verhalten. Im ersten Entwurf[3]) war von einer Fortbildung der Pr. M. unter Abstreifung der veralteten Rechtsanschauungen wenig zu spüren. Dieser steht noch ganz auf dem Boden der gemeinrechtlichen Anschauungen und gibt nur die Vermutung einer der

---

[1]) Motive IV. S. 127 ff. Begründung des Entwurfs einer KO. S. 174.
[2]) BGB. § 1367.
[3]) Entwurf I. § 1282: Es wird vermutet, daß die in der Innehabung des Ehemanns oder der Ehefrau oder beider Ehegatten befindlichen Sachen mit Einschluß der Inhaberpapiere und der an Order lautenden, mit einem Blankoindossement versehenen Papiere dem Ehemann gehören. — Die Vorschrift des ersten Absatzes findet auf die im § 1285 bezeichneten Sachen keine Anwendung.

Frau vom Manne gemachten Schenkung auf. Die Pr. M. selbst ist zugunsten des Mannes wie seiner Gläubiger aufgestellt, man verhehlte sich jedoch nicht, daß man darüber streiten könnte, ob diese Ausdehnung der Pr. M. zugunsten des Mannes unter den heutigen Verhältnissen noch gerechtfertigt und angemessen sei. Gegen die Beibehaltung der Pr. M. spreche, so sagen die Motive,[1]) einmal, daß die Gründe, welche das römische Recht zur Aufstellung der Vermutung veranlaßt hatten, nicht mehr zutreffend seien, und ferner, daß auch diejenigen Umstände, welche die Annahme und Ausdehnung jener Vermutung in Deutschland hauptsächlich gefördert haben, vom Standpunkt des Entwurfs, wonach die Frau eine selbständige Stellung auch im Erwerbsleben einnehme, an Gewicht verlören. Als durchschlagend könnten diese Gründe indessen nicht angesehen werden, da heute eine starke tatsächliche Vermuutng dafür spräche, daß das während der Ehe erworbene Gut von dem Manne erworben sei und deshalb der Entwurf in den meisten Fällen der tatsächlichen Sachlage entspreche. Das Bedürfnis,[2]) die Vermutung auch unter Ehegatten zur Geltung zu bringen, sei namentlich für die Fälle nicht abzuweisen, in denen die Frau unter Mitnahme von Sachen aus der gemeinschaftlichen Wohnung sich vom Manne trennt oder in denen sie infolge des selbständigen Betriebs eines Erwerbsgeschäftes besondere, nicht zu der gemeinschaftlichen Wohnung gehörigen Räume besitzt. Auch gereiche die Vermutung den Kindern des verstorbenen Mannes zum Vorteile in den nicht selten eintretenden Fällen, wenn die Frau bald nach dem Tode des Mannes wieder heiratet und, durch ihren neuen Ehemann beeinflußt und das Interesse der Kinder erster Ehe aus den Augen setzend, die Behauptung aufstelle, daß die zum Nachlaß des Verstorbenen gehörenden Gegenstände ihr Alleineigentum seien. Hier könnten die Kinder sich auf die Vermutung stützen und die Mutter müßte ihr Eigentum nachweisen.

Der Entwurf II § 1262 und die Bundesratsvorlage § 1347 sowie die Reichstagsvorlage § 1345 vertreten dieselbe Ansicht. Erst durch die Reichstagskommission ist die Abänderung in dem Sinne der Beschränkung auf die Gläubiger des Ehemannes beschlossen worden. Es ist das große Verdienst des Reichstags, daß er die Vermutung, soweit es sich um das Verhältnis der Ehegatten untereinander handelt, beseitigt hat. Sie mußte auch, wie oben erörtert, bei der heutigen Stellung der Ehefrau als eine Unbilligkeit empfunden werden; in der Kommission wurde sie von einer Seite als direkte Ungerechtigkeit zuungunsten der Frau angesehen, welche unnötigerweise „die Frau in einen pein-

[1]) Motive IV. S. 132.
[2]) Denkschrift. S. 175.

lichen Gegensatz zum Manne bringe, weil sie, wenn die Vermutung dieser Bestimmung ausgeschlossen werden solle, von vornherein schon immer für den Beweis zu sorgen habe". Deshalb war sogar beantragt worden, die ganze Vermutung zu streichen. Dieser Antrag wurde abgelehnt, dagegen fand der Antrag, nur die Geltung der Vermutung zugunsten des Mannes zu streichen, Zustimmung. Man erkannte an, daß die Vermutung unter den Ehegatten „ganz unhaltbar" sei. Dagegen wurde zugegeben, daß eine Vorschrift zugunsten der Gläubiger nicht zu entbehren sei. Das Ergebnis der Kommissionsberatungen war der § 1362 in seiner jetzigen Fassung, welche am 25. Juni 1896 vom Reichstag ohne Debatte angenommen wurde.

b) Der § 1362. I.

Der § 1362 I. hat folgenden Wortlaut:

> Zugunsten der Gläubiger des Mannes wird vermutet, daß die im Besitz eines der Ehegatten oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören. Dies gilt insbesondere auch für Inhaberpapiere und für Orderpapiere, die mit Blankoindossament versehen sind.

Die heutige Vermutung weicht, wie schon der Wortlaut ergibt, in wichtigen Punkten von der Pr. M. ab, einmal erstreckt sie sich nur auf bewegliche Sachen, andererseits gilt sie nur zugunsten der Gläubiger des Mannes.[1]) Ihr Anwendungsgebiet ist also gegenüber der alten Pr. M. erheblich eingeschränkt.

Der § 1362 stellt seine „Vermutung" auf. Jede Vermutung enthält einen Rechtssatz, welcher sich als die Zusammenfassung vieler Erfahrungssätze auf einem speziellen Gebiet darstellt. Durch einen solchen, zum Gesetz erhobenen Erfahrungssatz bezweckt der Gesetzgeber in prozessualer Hinsicht die Regelung des Beweises streitiger Tatsachen und sucht der freien Beweiswürdigung des Richters eine feste Basis zu geben, ihm m. a. W. in der Wertung der Tatsachen eine gewisse Bindung aufzuerlegen. Die Rechtsvermutung knüpft an eine oder an eine Reihe von Tatsachen an und sucht aus ihnen entweder eine neue Tatsache[2]) oder das Bestehen eines Rechts,[3]) z. B. des Eigentumsrechts

[1]) z. B. § 1253. II. BGB.
[2]) z. B. § 1006 BGB.
[3]) Die Grenzverwirrung zwischen den Vermögensmassen beider Eheleute ist somit — abgesehen vom § 1362, welcher nur einen kleinen Ausschnitt umfaßt — durch eine Vermutung nicht geschützt. Dem Richter steht bei Streitigkeiten zwischen den Ehegatten kein Anhaltspunkt zur Seite zur Entscheidung darüber, wer Eigentümer der im Besitze beider Ehegatten befindlichen Sachen ist. Jeder von beiden Ehegatten trägt nach den gewöhnlichen Beweisregeln die Beweislast für seine Behauptung, daß die Sachen sein Eigentum sind.

herzuleiten. Bei unserer Vermutung wird aus der Tatsache, daß bewegliche Sachen im Besitze eines oder beider Ehegatten sich befinden, kraft Gesetzes die Schlußfolgerung gezogen, daß diese Sachen im Eigentum des Mannes stehen, es wird also ein Rechtsverhältnis konstruiert. Wie alle Vermutungen des BGB., so ist auch unsere eine Praesumtio juris, der Gegenbeweis ist also nicht ausgeschlossen, sie ist ferner eine relative Rechtsvermutung, da sie nur zugunsten bestimmter Personen gilt.

Im System des Familienrechts hat der § 1362 seine Stellung unter dem 5. Titel: „Wirkungen der Ehe im allgemeinen", erhalten Wie die übrigen unter diesem Titel zusammengestellten Rechtsregeln sich auf das allgemeine Wesen jeder Ehe beziehen sollen und ohne Rücksicht auf den zwischen den Ehegatten bestehenden Güterstand in Wirkung treten, so soll auch der § 1362 seine vermögensrechtliche Wirkung bei jeder Ehe zeigen. Es entspricht deshalb nicht der allgemeinen Bedeutung dieses Paragraphen, wenn Cosack[1]) ihn im System der Verwaltungsgemeinschaft behandelt.

Erste Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1362 ist der Nachweis, daß eine bewegliche Sache sich im Besitz eines oder beider Ehegatten befindet. Demnach scheiden zunächst völlig aus alle Gegenstände, welche nicht Sachen, d. h. körperliche Gegenstände im Sinne des § 90 BGB. sind, also namentlich alle Forderungen und Rechte. Diese beiden Rechtsgebilde werden deshalb ausgeschlossen, weil bei ihnen eine Vermischung der Rechtsverhältnisse zuungunsten der Gläubiger so leicht nicht stattfinden kann. Beide stehen ganz bestimmten Personen zu und können nur von diesen gegenüber bestimmten Personen geltend gemacht werden. Dem Zwecke des § 1362 würde eine solche Einbeziehung widersprechen. Auch ist schon durch das Anfechtungsgesetz für die Sicherheit der Gläubiger hinreichend gesorgt, sodaß sich aus diesem Gesichtspunkt m. E. eine Ausdehnung der Vermutung erübrigte. Unter den Sachen scheiden wieder die Grundstücke aus, weil über die Eigentumsverhältnisse der Ehegatten an diesen schon durch das Publikationsprinzip des Grundbuchrechts die Gläubiger sich sichere Kenntnis verschaffen können.

Von den beweglichen Sachen müssen wir wiederum eine bestimmte Kategorie ausnehmen, welche wegen ihrer wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit mit dem Grundstück kraft Gesetzes dem Immobiliarrecht unterstehen. Es sind dieses die Grundstücksbestandteile, welche nach § 93 die Eigenschaft der wesentlichen Bestandteile haben, insbesondere die mit dem Grund und Boden dauernd wirtschaftlich verbundenen Sachen wie

[1]) Cosack. Bd. II. § 293. II. 4.

Gebäude, die zu ihrer Herstellung eingefügten Sachen, Pflanzen sowie andere Erzeugnisse des Grund und Bodens. Diese Sachen nehmen durch eine solche Verbindung die Natur einer unbeweglichen Sache an und unterstehen deshalb dem Immobiliarrecht. Wie das Grundstück selbst, so müssen auch sie von der Vermutung aufgenommen werden. Dagegen werden vom § 1362 diejenigen Sachen umfaßt, welche, obschon sie zu den Bestandteilen des Grundstücks gehören, doch nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind (§ 95), sowie das ganze Grundstückszubehör. Letzteres bildet nicht wie die wesentlichen Bestandteile eine tatsächliche und rechtliche Einheit mit dem Grundstück, sondern ist einer besonderen rechtlichen Herrschaft fähig. Es kann einem anderen als dem Eigentümer der Hauptsache gehören; da jedoch nach dem Gesetze keine Vermutung für die Rechtseinheit gilt, so sind sie im Zweifel und also auch für den § 1362 als bewegliche Sachen anzusehen und unterstehen diesem Rechtssatze.[1])

Abgesehen von diesen besprochenen Ausnahmen fallen alle beweglichen Sachen unter den § 1362.[2]) Besonders hervorgehoben werden im § 1362 die Inhaber und die Orderpapiere, welche mit Blankoindossament versehen sind. Beide Wertpapiere werden oft[3]) im BGB. zusammen genannt. Sie werden im Verkehr als selbständige Wertobjekte, deren besonderer Wert in der aus der Innehabung des Papiers bestehenden leichten Möglichkeit der Uebertragung besteht, angesehen.[4]) Sie sind deshalb in manchen Beziehungen vom Gesetz den Normen des Sachenrechts unterstellt worden. Zu den Inhaberpapieren gehören die Inhaberaktien, die Inhaberschecks,[5]) die Schuldverschreibungen

---

[1]) nur in den gesetzlich bestimmten Fällen wie beim Eigentumserwerb (§ 926), bei der Belastung des Grundstücks (§ 1120 BGB.) untersteht auch das Zubehör dem Eigentumsrecht am Grundstück, vergl. noch § 865 II. ZPO.

[2]) Wieruszowski I. S. 143. Anm. 30.

[3]) Vergl. §§ 234, 1081, 1392, 1646, 1814, 2116 BGB., § 69 ZVG.

[4]) Bei dem Inhaberpapier folgt das Forderungsrecht dem Eigentum an dem Papier. Zur Uebertragung des Eigentums genügt die Einigung und Uebergabe. Jeder Inhaber ist berechtigt, die versprochene Leistung zu verlangen. Dasselbe ist mit einem blanko indossierten Orderpapier der Fall. Jeder Besitzer eines solchen Papieres ist berechtigt, die Summe zur Verfallzeit einzuziehen, ohne daß er eine aus dem Papier hervorgehende Legitimation zum Besitze desselben braucht. Die Tatsache, daß er den Wechsel besitzt, legitimiert ihn. Weil diese Papiere den Besitzer formell als legitimierten Forderungsinhaber erscheinen lassen, sind sie vom BGB. in manchen Beziehungen den Regeln, welche für bewegliche Sachen gelten, unterstellt worden. Doch bleibt trotzdem das blanko indossierte Orderpapier noch Orderpapier, es wird nicht zum Inhaberpapier, weshalb auch § 935 BGB. nur letztere ausnimmt.

[5]) § 4 des Scheckgesetzes.

auf den Inhaber, die Inhabergrundschuldbriefe, Banknoten, Lotterielose, auch Zinsscheine und Dividendenscheine. Dagegen gehören nicht hierher die Legitimationspapiere des § 808 BGB., wie Sparkassenbücher, Pfandscheine, Versicherungspolizen. Von den Orderpapieren fallen unter § 1362 die Wechsel mit Blankoindossament sowie die im § 363 HGB. bezeichneten Anweisungen und Verpflichtungsscheine, wie Lagerscheine, Konnossamente und Bodmereibriefe, wenn sie mit Blankoindossament versehen sind. Dieses Blankogiro müssen sie beim Zugriff der Gläubiger bereits haben.

Die beweglichen Sachen, die der Vermutung unterliegen, müssen im Besitz eines oder beider Ehegatten sein. Der Begriff Besitz im Sinne dieses Paragraphen muß nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen erklärt werden. Der Besitz, d. h. die tatsächliche Gewalt über eine Sache zerfällt bekanntlich in den unmittelbaren und den mittelbaren Besitz. Beide Besitzarten sind wie überall im BGB., wo nicht eine ausdrückliche Bestimmung etwas anderes bestimmt, so auch hier unter dem Ausdruck Besitz zu verstehen. Unerheblich ist ferner, ob sich die Sachen in der Wohnung des Mannes befinden (wie das Sächs. BGB. § 1666 forderte). Es genügt, daß sie im Besitze eines Ehegatten sind. Hat also z. B. die Frau Inhaberaktien in dem Tresor einer Bank liegen, so wird auch von diesen vermutet, daß sie Eigentum ihres Mannes sind, da die Aktien noch im Besitze der Frau, wenn auch in ihrem mittelbaren sich befinden. Die Frau muß deshalb, falls die Gläubiger des Mannes diese Aktien im Wege der Zwangsvollstreckung ergreifen wollen, ihr Eigentumsrecht daran beweisen.

Selbst dann, wenn die Frau für sich ein Erwerbsgeschäft betreibt, und auch dann, wenn sie Kaufmann im Sinne des HGB. ist, erstreckt sich die Vermutung auch auf die Gegenstände ihres Hausrats, auf ihre Geschäftseinrichtung und Warenbestände.[1]) Die Vermutung wird also auf den größten Teil der Ehen, in welchen die Eheleute zusammen leben, und die Sachen sich im Besitze beider Eheleute befinden, Anwendung finden. Aber auch, wenn die Frau vom Manne getrennt lebt, gehören doch die Sachen, welche sie in ihrem Alleinbesitz hat, unter die Vermutung des § 1362 und werden als Eigentum des Mannes und als ein für seine Gläubiger pfändbares Gut angesehen. Ob die Vermutung auch anwendbar ist bei einem berechtigten Getrenntleben der Ehegatten, kann erst unten bei den Erläuterungen über die Zwangsvollstreckung erörtert werden.

Nicht anders sind die Fälle zu entscheiden, wenn einer der Ehegatten Besitzmittler ist, d. h. wenn er, obschon unmittelbarer

[1]) Endemann. Sachenrecht, S. 159. Anm. 24.

Besitzer, einen anderen als mittelbaren Besitzer in einem Rechtsverhältnis der im § 868 BGB. genannten Art über sich anerkennt, weil der Ehegatte auch in einem solchen Falle die Sachen besitzt und weil sonst die Frau jedesmal durch die Behauptung, nicht sie, sondern ein dritter sei Besitzer, den Gläubigern die Anwendung des § 1362 entziehen könnte. [1])

Das innere Rechtsverhältnis, welches zwischen den Ehegatten bezüglich des Besitzes der einzelnen Sachen herrscht, kommt hier nicht in Betracht. Es scheidet also völlig die Berechtigung des Mannes zur Inbesitznahme von Sachen des Frauenguts aus; dem Zugriff der Gläubiger unterliegt deshalb sowohl das Vorbehalts- als auch das eingebrachte Gut der Frau. Welchen Einfluß der Besitz auf die Zwangsvollstreckung hat, wird weiter unten erörtert werden.

Die Rechtsvermutung gilt nur zugunsten der Gläubiger des Mannes, nicht zugunsten der Gläubiger der Frau. Ebenso bleibt das interne Verhältnis zwischen den Ehegatten im Gegensatz zur Pr. M. unberührt. Gläubiger im Sinne des § 1362 ist nicht jeder, welcher zufällig eine Forderung gegen einen der Ehegatten hat, ebenso wenig wie ein Dritter, [2]) welcher ein Interesse an der Feststellung hat, daß etwas dem Manne gehört und auf Grund des § 1362 erst in die Gläubigerstellung einrückt. [3]) Wann das Schuldverhältnis entstanden ist, ob vor oder nach Eingehung der Ehe, ist gleichgültig. Gläubiger ist vielmehr nur derjenige, welcher seine Gläubigerstellung durch Realisation seines Anspruchs betätigen will, also Befriedigung oder Sicherung aus Vermögensobjekten der Ehegatten sucht. Der Grund zu einer solchen Einschränkung des Begriffs Gläubiger ist in dem gesetzgeberischen Zweck der Vermutung, die Gläubiger gegen eine Vermögensvermischung zu schützen, gegeben. [4])

Von denjenigen Gläubigern, welchen die Vermutung zugutekommt, ist sie am wichtigsten für die Gläubiger, welche ein Pfändungspfandrecht für ihre Forderung sich verschaffen wollen oder ihr gesetzliches Pfandrecht geltend machen wollen. Für den Vertragspfandgläubiger hat die Vermutung nicht viel Sinn, da er in seinem guten Glauben schon nach §§ 1207, 932 geschützt

---

[1]) Wieruszowski. S. 147 u. 153.
[2]) Salamonski. S. 40. Frey. S. 458.
[3]) z. B. kann ein Mann, welcher von einem im Besitz der Eheleute befindlichen Hund gebissen worden ist; nicht mit der Behauptung, der Hund gehöre nach § 1362 dem Ehemann, gegen diesen mit einer Schadensersatzklage vorgehen. Auch dann nicht, wenn er Gläubiger des Mannes ist, denn er würde nur Zufallsgläubiger sein, da seine Gläubigerstellung (der Ehemann schulde ihm noch aus Kauf 100 M.) mit der Geltendmachung des Anspruchs in keinem Zusammenhang steht.
[4]) Wieruszowski I. S. 152. Falkenstein. S. 51.

ist, auch wenn er vom Manne eine der Frau gehörige Sache als Pfand angenommen hat. Dagegen kann der Gläubiger, z. B. der Vermieter, welcher ein gesetzliches Pfandrecht an den beweglichen Sachen des Mieters hat (§ 563 BGB.), bei der Verwirklichung dieses Pfandrechts sich auf den § 1362 berufen. Hat der Ehemann die Wohnung gemietet, so unterstehen nur die in seinem Eigentum stehenden Sachen dem Pfandrecht des Vermieters, ausgeschlossen vom Pfandrecht bleiben die im Eigentum der Frau stehenden eingebrachten Sachen. Will der Vermieter diese pfänden, so müßte er nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast der Frau nachweisen, daß diese im Eigentum ihres Mannes stehen. Durch § 1362 ist er von diesem Beweis befreit worden, da zu seinen Gunsten die Vermutung besteht, daß die Sachen Eigentum des Mannes sind. Er darf sie also pfänden, bis ihm das Gegenteil nachgewiesen wird. Hat aber die Frau nachgewiesen, daß die gepfändeten Sachen ihr Eigentum sind, so muß er sie herausgeben, keineswegs erwirbt auf Grund des § 1362 der Vermieter ein gesetzliches Pfandrecht auch an ihren Sachen, denn darin besteht eben der Unterschied des gesetzlichen vom vertraglichen Pfandrecht, daß bei letzterem der gute Glaube des Pfandgläubigers das Entstehen eines Pfandrechts an fremder Sache möglich macht, was bei dem gesetzlichen Pfandrecht ausgeschlossen ist. Der gute Glaube wird hier nicht berücksichtigt und ist auch durch die Vermutung des § 1362 nicht ersetzt worden.[1]) Für den Vermieter ist demnach der § 1362 von großer Bedeutung, womit er alle Angriffe der Eheleute, insbesondere der Ehefrau, falls er dieser Sachen, welche sie ohne Wissen oder gegen seinen Widerspruch entfernen wollte, auf Grund seines Pfandrechts abgenommen hat, abwehren kann, bis diese ihm den Nachweis geliefert hat, daß sie nicht Eigentum des Mannes sind.[2])

Der Hauptanwendungsfall wird aber für die Gläubiger auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen liegen.

Wie bereits verschiedentlich erwähnt, kann sich der Ehemann auf die Vermutung nicht berufen. Ist er Gläubiger seiner Frau, so wird er auch nicht geschützt. Der Mann muß, wenn im Gewahrsam der Frau befindliche Sachen von ihren Gläubigern gepfändet worden sind, Widerspruch durch Klage nach § 771 Z. P. O. erheben, sein Eigentum nachweisen und kann sich nicht auf § 1362 berufen.[3])

Es fragt sich, ob der Mann sich die Vermutung dadurch dienstbar machen kann, daß er den Anspruch auf Herausgabe

[1]) Endemann. Sachenrecht. S. 1066. Anm. 68.
[2]) Niendorff. Mietrecht. 8. A. 1907. S. 330.
[3]) A. A. Seuffert in Gruchots Beiträgen. Bd. 43. S. 145.

einem Dritten, der sein Gläubiger ist, abtritt. Ueber diese Frage herrscht in der Literatur noch große Uneinigkeit. Man muß diejenigen Fälle von vornherein ausscheiden, in welchen der Mann in der dem Gläubiger bekannten dolosen Absicht, z. B. um dadurch die Herausgabe einer Sache, deren Charakter als eingebrachtes Gut ihm zweifelhaft erscheint,[1]) zu erlangen in der Annahme, daß der Frau dem Gläubiger gegenüber der Beweis der Eigenschaft der Sache als Vorbehaltsgut mißglücken wird. In diesen Fällen steht der Frau die exeptio doli zur Seite, da der Mann in fraudem legis den Gläubiger vorschiebt.[2]) Hat der Gläubiger die Kenntnis von der dolosen Absicht des Mannes nicht, liegt eine solche auf seiten des Ehemannes auch nicht vor, so muß verlangt werden, daß ein innerer Zusammenhang zwischen seiner Gläubigerstellung und der Geltendmachung des übertragenen Anspruchs besteht. Fehlt ein solcher, ist also derjenige, welchem der Anspruch übertragen worden ist, nur Zufallsgläubiger, so ist die oben gestellte Frage zu verneinen,[3]) da als Gläubiger im Sinne des § 1362 nur derjenige Gläubiger des Mannes angesehen wird, welcher seine Forderung realisieren will — vergleiche oben S. 47. Sucht aber ein solcher Gläubiger Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners, und tritt dieser ihm seinen Anspruch auf Herausgabe von Sachen, welche im Besitz der Frau sind, ab (§ 931 BGB.), so kann der Gläubiger sich bei der Geltendmachung des Eigentums der Vermutung des § 1362 bedienen,[4]) denn er gelangt nur in einem solchen Falle zu derselben Befriedigung, welche ihm im Wege des Prozesses durch Pfändung und Ueberweisung des Herausgabeanspruches auch offen stände. Hat in einem solchen Falle der Gläubiger das berechtigte Interesse, sich aus den übertragenen Sachen zu befriedigen, so muß ihm zur Erreichung dieses Zieles der § 1362 zur Seite stehen.[5]) Den Grund, welchen man anführt zur Verneinung dieser Frage: er mache das Recht seines Schuldners geltend, für welchen die Vermutung nicht gelte,[6]) erachte ich nicht für stichhaltig, da dieser Grund auch dem Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren entgegengehalten werden könnte.

---

[1]) Ude. S. 50. Salamonski a. a. O. S. 42.
[2]) Anderer Ansicht Staudinger, § 1362. 2c unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes, wonach die Vermutung zugunsten aller Gläubiger ohne Einschränkung aufgestellt werde.
[3]) Anderer Ansicht Endemann, § 169. Anm. 32. Wieruszowski. S. 151. Opet, § 1362. 1. Dernburg, § 36. II.
[4]) Der Herausgabeanspruch wird vom Manne seinem Gläubiger zwecks Schuldentilgung an Erfüllungsstatt abgetreten. Der im Text vertretenen Ansicht folgen Haidlen. S. 54. Neumann, § 1362 II. 1. Planck, § 1362. 2. am Ende.
[5]) Planck, § 1362. 2.

Sind die oben erwähnten Voraussetzungen erfüllt, so wird vermutet, daß die Sachen dem Mann „gehören". Dieses Wort wird in der Gesetzessprache des BGB. oft gebraucht und bedeutet so viel wie Eigentümer sein.[1]) Es wird demnach vermutet, daß der Mann Eigentümer ist. Dagegen bezieht sich die Vermutung nicht auf den Besitz und dessen Rechtsverhältnisse. Es wird keineswegs vermutet, daß der Mann Besitzer der fraglichen Sachen ist.[2]) Die Folgerungen, die durch die Beschränkung der Vermutung auf das Eigentum bezogen werden müssen, treten besonders bei der Zwangsvollstreckung hervor, auf welche ich im folgenden näher eingehen werde.

Die Vermutung des § 1362 I. wird ihren Wert für den Gläubiger hauptsächlich auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung zeigen, wenn der Gläubiger des Mannes durch den Gerichtsvollzieher zur Sachpfändung schreiten will.[3])

Voraussetzung der Zwangsvollstreckung in bewegliche oder, wie die ZPO. sagt, „körperliche" Sachen, ist das Erfordernis, daß die zu pfändende Sache sich im „Gewahrsam" des Schuldners befinden muß.[4]) An sich müßte noch ein weiteres Moment, das Eigentum des Schuldners vorausgesetzt werden, denn nur an solchen dem Schuldner gehörenden Sachen kann nach dem Wesen des Pfändungspfandrechtes ein wirksames Pfandrecht begründet werden. Da aber der Beweis des Eigentums vom Gläubiger sofort nicht immer geführt werden kann, und diese Verzögerung die Gefahr der Nichtbefriedigung zur Folge haben kann, findet vor der Zwangsvollstreckung eine Untersuchung der Zugehörigkeit der einzelnen Gegenstände zum Vermögen des Schuldners nicht statt. Es genügt aber auch andererseits nicht,[5]) die bloße einseitige Behauptung des Gläubigers, daß eine Sache dem

---

[1]) z. B. § 872 BGB.

[2]) ERG. vom 19. 3. 07 in Seufferts Archiv Ad. 62. S. 210. Rechtsprechung der OLG., Bd. 12. S. 129.

[3]) Man kann der Ansicht Opets (§ 1362 No. 1) folgen, daß die Vermutung sich nicht auf Rechtsstreitigkeiten, in denen einer der Ehegatten eine Parteirolle hat, beschränkt. Opet geht aber m. E. zu weit, wenn er einen Bürgen, der vom Gläubiger des Mannes in Anspruch genommen wird, die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB.) darauf stützen läßt, daß der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die im Besitz der Frau befindlichen Sachen noch nicht versucht habe (§ 1362). Das wäre eine Anwendung des § 1362 zu Ungunsten des Gläubigers, dem man nicht zumuten darf, die oft zu seinen Ungunsten ausfallende Pfändung der im Besitze der Frau befindlichen Sachen zu versuchen. Diese Zwangsvollstreckung erfordert soviel Zeit und kann durch die Interventionsprozesse so langwierig werden, daß ein Bestehen hierauf den Zweck der Verbürgung wesentlich beeinträchtigen würde und zu Chikanen führen kann.

[4]) CPO. § 808.

[5]) Schmidt. S. 937.

Schuldner gehöre; der Gerichtsvollzieher hat vielmehr sich an gewisse, äußerlich erkennbare, gesetzlich bezeichnete Tatsachen zu halten, die er prüfen muß. Als eine solche Tatsache stellt die ZPO. für bewegliche Sachen den „Gewahrsam" auf. Hieran knüpft das Gesetz die Vermutung der Pfändbarkeit und des Eigentums. Ein Dritter kann erst nach Beginn der Zwangsvollstreckung zur Abwehr der seinem Vermögensrechte drohenden Gefahr gegen die Pfändung vorgehen und zwar muß er als Kläger im Wege des Prozesses seinen Widerspruch geltend machen. Da dem Gläubiger immer diese Interventionsklage aus § 771 ZPO. droht, so wird er immer darauf sehen, daß nur seinem Schuldner gehörende Gegenstände gepfändet werden.[1])

Was versteht das Gesetz nun unter dem Ausdruck „Gewahrsam des Schuldners"? Gewahrsam ist gleichbedeutend mit dem unmittelbaren Alleinbesitz des BGB.[2]) Er gibt das räumliche Verhältnis der Person zur Sache, er ist die räumlich vollzogene offensichtliche Einordnung einer Sache unter das Vermögen des Schuldners derart, daß sie für den Pfändungszugriff als diesem zugehörig erscheint.[3]) Dieser Dritten kundbare Gewahrsam an der Fahrnis läßt im täglichen Leben die Vermutung begründet erscheinen, daß die Fahrnis auch dem Gewahrsamsinhaber eigentümlich gehört, und ist deshalb vom Gesetz auch zu der wesentlichen Voraussetzung der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen erklärt worden.

So leicht es nun bei einer einzelstehenden Person für den Gläubiger ist, den Nachweis des Gewahrsams zu führen, so schwer ist es, diesen Beweis bei Ehegatten bezüglich der in der häuslichen Gemeinschaft befindlichen Sachen zu erbringen. Es handelt sich um die Beantwortung der praktisch bedeutsamen Frage: Hat der Mann oder die Frau oder haben sogar beide den Gewahrsam an den in der gemeinschaftlichen Wohnung befindlichen Gegenständen? Diese Frage hat der Gerichtsvollzieher stets zu prüfen, da er nur solche Sachen, welche im Alleinbesitz,[4]) d. h. Gewahrsam seines Schuldners sich befinden, pfänden darf. Die Schwierigkeit ihrer Beantwortung ist durch den Umstand bedingt, daß infolge des Zusammenlebens der Ehegatten eine Vermischung des beiderseitigen Vermögens eintritt und durch die Tatsache, daß beide Ehegatten die in der gemeinschaftlichen Woh-

---

1) Ein Pfändungspfandrecht erwirbt also der Gläubiger an fremden Sachen nicht, sein guter Glaube, die Fahrnis gehöre dem Schuldner, findet keinen gesetzlichen Schutz.

2) Endemann. Sachenrecht, § 35. Anm. 34. Gaupp-Stein, § 808. II, Seuffert, § 808, 2a. Protokolle VI., S. 717.

3) Endemann. a. a. O. § 146. Anm. 21. Gaupp-Stein, § 808. II., Seuffert, § 808, 2 a. Protokolle VI. S. 717.

4) Gaupp-Stein, § 808. II. 5, Seuffert, § 808, 2 ad. A. Ansicht Francke. S. 87.

nung befindlichen Sachen gleichmäßig zu benutzen pflegen, sodaß es oft an jedem Anhalt, wer denn eigentlich von ihnen den Gewahrsam hat, fehlt. Infolgedessen verliert auch die Legitimationskraft des Besitzes jede Wirkung.

Zur Entscheidung dieser Frage muß man sich die Stellung des Mannes in der Familie vergegenwärtigen. Der Mann ist das Oberhaupt der Familie, der Haushaltungsvorstand, er ist der Beschützer des Hausfriedens und tritt nach außen hin als der Herr des Hauses auf. Infolge dieser Stellung ist der Mann allein als Gewahrsamsinhaber anzusehen. Diesen Grundsatz hat man zuerst in der Praxis der Gerichte aufgestellt. Er wird jetzt allgemein anerkannt.[1]) Die tatsächliche Vermutung geht also dahin, daß der Ehemann im Zweifel als Gewahrsamsinhaber aller in der häuslichen Gemeinschaft befindlichen Sachen anzusehen ist. Würde man ein Mitgewahrsam der Eheleute annehmen, so wäre die gewöhnliche Pfändung nach § 808 ZPO. bei den meisten Eheleuten unzulässig, da die zu pfändende Sache sich nicht im ausschließlichen Gewahrsam eines Ehegatten befindet, der Mitgewahrsam beider Eheleute aber nicht verletzt werden darf.[2]) Ausgenommen von der eben erwähnten Vermutung ist nur dasjenige, was unter dem besonderen Verschlusse der Ehefrau oder in einem Raum sich befindet, welcher offenbar ihrem alleinigen Gewahrsam untersteht.[3]), [4])

Auf Grund eines gegen den Ehemann allein gerichteten Vollstreckungstitels kann also in der Regel die Pfändung aller Sachen erfolgen, welche sich in seinem Gewahrsam oder in der gemein-

---

1) Gaupp-Stein, § 808. II. 2. Seuffert, § 808. 2 a. d. Wieruszowski II. 225. Planck, § 1362. 1. Opet, § 1362 III. Ullmann, S. 101. RG. 6. VI. 99 in Seuffert Archiv 55, S. 125. ROLG. Bd. 2. S. 221, Bd. 14. S. 171. Der Mann ist auch dann Gewahrsamsinhaber, wenn seine Frau die Räume gemietet hat, denn daraus ist nur zu folgen, daß sie den unmittelbaren Besitz der Räume, nicht der darin befindlichen Sachen hat.

2) vergl. vorhergehende Seite. Anm. 4 und ROLG. Bd. 10. S. 376, Bd. 16 ,S. 308.

3) vergl. folgende Seite. Der alleinige Gewahrsam der Frau liegt vor allem dann vor, wenn sie selbständig und selbsttätig ein Erwerbsgeschäft in Räumen betreibt, die nur diesem Erwerbszweck dienen, vergl. ROLG. Bd. 13, 200; 17, 193; 18, 399.

4) Die prozessuale Frage, wer von den Ehegatten den Gewahrsam hat, hängt eng zusammen mit der des materiellen Rechts, wer von ihnen den Besitz hat. M. E. sind beide in demselben Sinne dahin zu lösen, daß auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse der Mann den Alleinbesitz und Gewahrsam an den im häuslichen Gemeinschaftsbereich befindlichen Sachen hat. Im übrigen ist die Frage, ob die Frau im Verhältnis zum Ehemann auch Besitzerin sein kann, nach den verschiedenen Güterständen verschieden zu beantworten. Vergl. zu dieser schwierigen Frage Oertmann, Iher. J. 44. S. 214. Ullmann, Archiv für bürg. Recht, 22. 106. Wolff, der Mitbesitz nach BGB. in Iher. Jahrb. 44. S. 149. Wieruszowski, Bd. II. S. 325.

schaftlichen Wohnung befinden. Bei dieser Zwangsvollstreckung nach § 808 ZPO. kommt eigentlich der § 1362 gar nicht zur Anwendung, da der § 808 den Gläubigern genug Schutz bietet.[1]) Seine Bedeutung tritt erst bei der Interventionsklage nach § 771 ZPO. hervor. Würden wir den § 1362 nicht besitzen, so könnte die intervenierende Frau ihr Eigentumsrecht durch Berufung auf ihren mittelbaren Besitz in Verbindung mit § 1006 III. beweisen, ein sehr kurzer, einfacher Beweis. Der Gläubiger des Mannes hätte den schwierigen Gegenbeweis zu führen. Durch § 1362 wird jetzt die Beweislast zugunsten des Gläubigers umgekehrt. Der Frau steht die auf ihren Besitz folgende Eigentumsvermutung nicht mehr zur Seite; sie muß den vollen Eigentumsbeweis liefern.

Bis jetzt haben wir nur den Fall betrachtet, daß die Eheleute in häuslicher Gemeinschaft mit einander leben. Wir müssen nun noch die Fälle behandeln, wo die Frau im Gewahrsam der zu pfändenden Gegenstände ist. Das ist der Fall, einerseits bei dem Getrenntleben der Ehegatten bezüglich der in ihrem Haushalt befindlichen Sachen, andererseits bei der Leitung eines selbstständigen Erwerbsgeschäftes seitens der Frau bezüglich aller zu ihrem Geschäftsbetrieb gehörenden Sachen.[2]) Bei einer Zwangsvollstreckung seitens der Gläubiger des Mannes in diesen Gewahrsam der Frau tritt uns die große Bedeutung des § 1362 über die Zwangsvollstreckung ins Auge. Nehmen wir an, wir hätten nicht die Vermutung des § 1362 bekommen, so würden diese Gläubiger mit den Bestimmungen der ZPO. allein nicht weit kommen. Da die Frau im Gewahrsam der Sachen ist, würde der Gerichtsvollzieher zur Pfändung nur berechtigt sein, wenn die Frau bereit ist, die Pfändung zu dulden (§ 809 ZPO.) oder wenn der Gläubiger sich den Anspruch seines Schuldners auf Herausgabe der Sachen hat pfänden und überweisen lassen. Im letzteren Falle müßte aber der Gläubiger den Beweis, daß die Sachen auch wirklich Eigentum seines Schuldners sind, führen. Dieser Beweis ist sehr schwierig zu führen, da der Gläubiger doch die Eigentumsverhältnisse an der im Besitz der Frau befindlichen Fahrnis selten kennen wird und diese für ihn nicht erkennbaren Aenderungen ausgesetzt ist. Hierdurch würde dem

---

1) Gaupp-Stein, § 808. Anm. 22. Der entgegengesetzten Ansicht ist Frey, a. a. O. S. 456.

2) § 1367 BGB. Gaupp-Stein, § 808. Anm. 26. Staub, KO. zum Handelsgesetzbuch. 8. Auflage. S. 23. — Seuffert, § 808. 2. a. d. Es muß verlangt werden, daß die Geschäftsräume getrennt von den Wohnräumen der Eheleute sind. Weist der Haushaltungsvorstand (Ehemann) seiner Ehefrau einen Wohnraum der gemeinschaftlichen Wohnung zur Benutzung an, so kann von einem Gewahrsam der Frau erst dann gesprochen werden, wenn die Umstände darauf hinweisen, daß er zu ihrem alleinigen und ausschließlichen Gebrauch dienen soll.

Gläubiger der Zugriff wesentlich erschwert sein. Dem Schuldner andererseits wäre es leicht möglich, falls er eine Pfändung befürchtet, die Sache rasch in eine von seiner Frau gemietete Wohnung, in ihr Erwerbsgeschäft oder auf sonstige Weise in den Alleinbesitz seiner Frau zu schaffen. Hiermit wären sie dem Zugriff der Gläubiger entzogen, da die Frau sich auf die Vermutungen des § 1006 stützen könnte und von dem Gläubiger den schwierigen Eigentumsbeweis verlangen könnte. In diese Gesetzeslücke tritt der § 1362 ein, welcher zu gunsten der Gläubiger ihnen den Beweis, daß die im Gewahrsam der Frau befindlichen Sachen Eigentum ihres Schuldners sind, abnimmt und der Ehefrau aufbürdet.

Für die Gläubiger des Ehemannes besagt also die Vermutung, daß dieser Eigentümer der im Gewaltbereich seiner Frau befindlichen Fahrnis ist und demnach auch einen Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sachen hat. Letzteren können sich seine Gläubiger auf Grund des § 846 ff. ZPO. pfänden und überweisen lassen. Diesen Weg müssen sie trotz § 1362 einschlagen und können nicht einfach die im Alleinbesitz der Frau befindliche Fahrnis pfänden, denn das in § 808 aufgestellte Erfordernis des Gewahrsams behält trotz § 1362 seine Geltung. Keineswegs wird durch den § 1362 eine Sache dem Machtbereich der Frau entzogen. Stellt doch dieser § nicht eine Vermutung für den Besitz, sondern für das Eigentum des Ehemanns auf. Deshalb bleiben der Frau die sich aus ihrem Besitz ergebenden Rechte gewahrt. Die Frau kann deshalb beim Vollstreckungsgericht Einwendungen erheben (ZPO. 766), wenn in ihrem Gewahrsam befindliche Sachen für Gläubiger des Mannes gepfändet werden, denn die Zwangsvollstreckung ist unzulässig, da die §§ 808, 809 ZPO. verletzt worden sind.[1])

Hat aber der Gläubiger den Anspruch auf Herausgabe pfänden lassen, so muß die Frau alle in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen, bezüglich deren der Herausgabeanspruch gepfändet ist, dem Gerichtsvollzieher herausgeben, soweit sie nicht von diesem für unpfändbar oder der Vermutung des § 1362 II unterstehend angesehen werden. Verweigert die Frau trotz der Aufforderung des Gerichtsvollziehers die Herausgabe, so darf dieser die Sachen ihr nicht gewaltsam fortnehmen, denn durch die Pfändung des Herausgabeanspruches sind die Sachen selbst noch nicht ge-

[1]) Wieruszowski. S. 164. Entscheidung des RG. in Seuffert Archiv Bd. 63, No. 268. Gaupp-Stein, § 808. II. Staub, S. 23, „Es ist daher unzulässig, daß die Gläubiger des Mannes in den Geschäftsräumen der Frau pfänden". Der Ehemann, als Gehilfe seiner Frau in deren Geschäft tätig, ist nicht im Gewahrsam des Geschäftsvermögens, sondern ist lediglich Besitzgehilfe seiner Ehefrau. Als solcher hat er nach § 855 BGB. keinen Besitz, daher auch keinen Gewahrsam. Gaupp-Stein, § 808. II.

pfändet. Der Gläubiger muß sich deshalb gemäß § 835 PPO. den Anspruch zur Einziehung überweisen lassen und auf Ablieferung an den Gerichtsvollzieher nach § 847 ZPO. klagen. Dieser hat dann die Sachen gemäß § 883 ZPO. der Ehefrau wegzunehmen. Mit dem Augenblick der Wegnahme entsteht das Pfändungspfandrecht an den Sachen für den Gläubiger, welches auf den Moment der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an die Ehefrau zurückwirkt. Die Verwertung der Sachen erfolgt nach § 814 ff. ZPO.[1])

Der Gläubiger klagt das nach § 1362 für den Mann sprechende Eigentumsrecht ein. Muß nun die Frau, die das Eigentum des Mannes anerkennt, die Sachen herausgeben, welche sie im Besitz haben darf, oder kann sie auch Rechte an diesen geltend machen?

Nehmen wir an, die Frau lebt berechtigter Weise getrennt von ihrem Mann und führt einen abgesonderten Haushalt. Die Einrichtung besteht aus den zur Führung dieses Haushalts erforderlichen Sachen, welche ihr der Mann nach Klage auf Grund des 1361 herausgeben mußte. Einer seiner Gläubiger klagt nun auf Herausgabe des zum Teil pfändbaren Mobilars (§ 1362 B. G. B., §§ 835, 846 ZPO.). M. E. kann die Frau diese Klage, ohne den nach § 1362 bezüglich ihrer eigenen Sachen zu liefernden Nachweis ihres Eigentums zu führen, schon abwehren unter Berufung auf das ihr nach § 1361 zustehende Gebrauchsrecht.[2]) Es steht ihr nämlich ein die Veräußerung hinderndes Recht, das Gebrauchsrecht, zu, das sie zum Besitz der Sache berechtigt. Die Lage der Ehefrau darf durch die Ueberweisung des Herausgabeanspruches nicht verschlechtert werden. Diese braucht deshalb nur die Sachen herauszugeben, wenn sie auch ihrem Ehegatten gegenüber dazu verpflichtet sein würde. Der Gläubiger kann eben nicht mehr Rechte aus dem Vermögen des Schuldners erwerben, als diesem selbst zustehen. Er macht das Eigentum des Mannes mit allen möglicher Weise ihm anhaftenden Mängeln geltend. Wir sehen also, daß durch die Vermutung des § 1362 die Rechte der Gläubiger des Mannes sehr erweitert worden sind und ihrem Zugriffe alle Gegenstände, welche sich im Besitz des Mannes, der Frau oder beider Ehegatten befinden,, unterstehen. Was hat nun die Frau für Rechte, wenn bei einer Pfändung ihr eigentümlich gehörende Sachen gepfändet worden sind? Sie hat, wie schon verschiedentlich bemerkt, den Einspruch im Wege der Klage (771 ZPO.) gegen eine solche Pfändung zu erheben. Sie bezweckt hiermit, die Unzulässigkeitserklärung der erfolgten Pfändung, denn durch § 1362 ist ihr Eigentum nicht definitiv den Gläubigern des Mannes ausgeliefert. Hat der Gläubiger Klage auf Herausgabe nach § 847 ZPO. erhoben, so kann sie dahin Widerklage erheben, ihr

[1]) Gaupp-Stein, § 847, IV. Seuffert, § 847. 1 d.
[2]) Ebenso Heilfron, Familienrecht, S. 67. A. 15. And. Ansicht, Planck, § 1362, No. 4. Wieruszowski I. S. 144. A. 32.

Eigentum an den vom Gläubiger herausverlangten Sachen festzustellen und die erfolgten Zwangsvollstreckungsmaßregeln für unwirksam zu erklären. Die Frau hat jedoch in allen Fällen, wo sie zur Wahrung ihres Eigentums vorgeht, ob Klägerin oder Beklagte, die Beweislast hierfür zu tragen. Diese Umkehrung der Beweislast hat die Aufstellung der Vermutung zur Folge. In ihr liegt die Machtstellung des Gläubigers.

Der § 1362 enthält, wie bereits im Anfang dieses Abschnittes erwähnt worden ist, eine Rechtsvermutung. Diese dient in unserem Falle den Gläubigern des Mannes zur Erleichterung des Beweises, der besonders häufig streitigen Eigentumsverhältnisse zwischen den Ehegatten und befreit sie vom Eigentumsbeweis, der ihnen nach der grundlegenden Regel über die Verteilung der Beweislast: ei incumbit probatio, qui dicit, non, qui negat, oblag. Wie alle Vermutungen des BGB., so ist auch unsere eine Praesumtio juris, welche dem Richter befiehlt, die Schlußfolgerungen aus einer bestimmten Tatsache so lange als gegeben anzusehen, bis der Gegner den Gegenbeweis geführt hat. Es ist also Sache der Frau, den in der Vermutung steckenden Erfahrungssatz zu widerlegen. Obschon das Recht des Gegenbeweises schon aus dem Wesen der Vermutung geschlossen werden kann, weist noch der § 292 ZPO. ausdrücklich auf die Zulässigkeit des Beweises des Gegenteils hin. Diesen Beweis kann die Frau durch die gewöhnlichen prozessualen Beweismittel führen.[1]) Auch durch die Eideszuschiebung nach Maßgabe des § 445 ZPO. kann die Frau ihr Eigentum beweisen, indem sie den Gläubiger auffordert, das Gegenteil bezüglich der Tatsachen, welche zu ihrem Eigentumserwerbe geführt haben, zu beschwören. Die Eideszuschiebung kann nach § 292 u. § 445 ZPO. nicht über das Eigentum an sich, sondern nur über die Tatsachen des Eigentumserwerbs erfolgen. Diese Tatsachen müssen in allen Fällen so deutlich dem Prozeßrichter nachgewiesen werden, daß dieser die Schlußfolgerung als begründet anerkennt, daß die Sachen von der Frau erworben und ihr Eigentum sind. Nötigenfalls wird sich die Aufdeckung mehrerer Rechtsgeschäfte, welche schließlich zum Erwerbe des Eigentums durch die Frau geführt haben, nicht umgehen lassen.

Zum Eigentumsbeweise wird im allgemeinen der Nachweis des vorehelichen Besitzes seitens der Frau genügen.[2]) Hat die Frau

---

1) also keine Beschränkung des Gegenbeweises wie beim Inventarprinzip des französischen Rechts. (s. oben, S. 38. A. 2.) Nach französischem Recht liegt die Sache insofern völlig anders, als nach demselben die Haftung des beweglichen Vermögens der Ehefrau für die Schulden des Ehemanns infolge der das gesetzliche eheliche Güterrecht bildenden Fahrnisgemeinschaft die Regel ist, was nach dem deutschen bürgerlichen Recht nicht der Fall ist.

2) ROLG. 12. S. 129. (Urteil des Kammergerichts vom 1. November

nachgewiesen, daß sie die Gegenstände vor der Ehe eigentümlich besessen hat, so wird nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Fortbestand des einmal erworbenen Eigentums zu vermuten sein. Die Fortdauer des einmal erworbenen Eigentums braucht also die Frau nicht darzulegen . Es ist Sache des Gegners, den Gegenbeweis zu führen.

Ein weiteres Beweismittel haben wir in den von dem Ehegatten aufgestellten Vermögensverzeichnis, welches bei dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft den Bestand des eingebrachten Gutes feststellen soll (BGB. §§ 1372, 1582, 1550). Zwischen den Ehegatten hat es die Bedeutung eines Anerkenntnisses (§ 781 BGB.), daß die aufgenommenen Gegenstände vorhanden gewesen sind und der Frau gehören Unter dem Gesichtspunkte des Anerkenntnisses kann in der Registrierung des eingebrachten Gutes der Uebertragswille zu Eigentum gefunden werden, sodaß die Aufstellung des Verzeichnisses für den Ehegatten konstitutiv wirkt. Bezüglich des Eigentumsbeweises zwischen den Ehegatten, für welche eigentlich das Verzeichnis allein bestimmt ist,[1]) also für den § 1362 II wird dieses genügen. Den Gläubigern gegenüber wirkt es nur deklaratorisch. Es wird ihm nicht viel Beweiskraft zuzumessen sein. Dem Gläubiger gibt das Verzeichnis nur die Tatsache kund, daß die Eheleute erklärt haben, daß gewisse Gegenstände Eigentum der Frau seien, ihm mehr Beweiskraft zuzumessen, hängt von der Lage des Einzelfalles und der freien richterlichen Beweiswürdigung ab. Da erfahrungsgemäß bei der Interventionsklage der Ehefrau von beiden Gatten vielfach Lug und Trug zur Täuschung der Gläubiger aufgewendet wird, läßt sich der Richter nicht leicht vom Eigentum der Frau überzeugen. Man wird dem Güterverzeichnis dann noch die meiste Beweiskraft zusprechen, wenn es bei der Eingehung der Ehe aufgenommen worden ist, also zu einer Zeit, wo meistens von Täuschungsabsichten unter den Ehegatten noch nichts zu spüren ist, und wenn die Schulden des Ehemannes erst später entstanden sind.[2])

Schließlich können als Beweismittel noch Eheverträge, in welchen die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse geregelt haben, und das Güterrechtsregister von der Ehefrau herangezogen werden. Letzteres ist dazu bestimmt, gewisse im Gesetze besonders aufgezählte, für die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zu Dritten wichtige Kundgebungen aufzunehmen. Hier in-

---

1905). Gruchot, Beiträge Bd. 51. S. 1005. (Urteil des Reichsgerichts vom 19. März 1907).

1) Endemann. Familienrecht, § 169. Anm. 54. Planck, § 1372.

2) Vergl. Brückmann: Zum Kapitel von den Interventionsprozessen, insbesondere von der Stellung der Ehefrauen. Deutsch. Jur. Zeitung. 1904. S. 689.

teressiert namentlich die Berechtigung, das Vorbehaltsgut der Frau eintragen zu können. (§§ 1371, 1441, 1435 BGB.). Dieser Eintragung darf man nicht die Wirkung zusprechen wie der Eintragung im Grundbuch, die Eintragung ist wirkungslos, wenn die eingetragene Tatsache nicht der Wahrheit entspricht. Ein Recht wird durch die Eintragung nicht begründet.[1]) Die entgegengesetzte Ansicht würde zur Folge haben, daß die Vermutung des § 1362 durch die Eintragung gebrochen würde. Aber die Eintragung hat die Beeinflussung der Beweislastverteilung im Zivilprozeß zur Folge, da der Inhalt der Eintragung als richtig gilt. Sie hat praktisch die Bedeutung einer gesetzlichen Vermutung für die Richtigkeit des eingetragenen Güterrechtsverhältnisses.[2] Wer gegen diese Vermutung ankämpft, hat den Beweis für seine Behauptung zu erbringen. Macht also die Frau bei der Widerspruchsklage ihr Eigentumsrecht an den vom Gläubiger des Mannes gepfändeten Gegenständen unter Hinweis auf ihre eingetragene Vorbehaltsgutseigenschaft geltend, so ist sie von der Beweislast für diese Eigenschaft frei. Es muß der pfändende Gläubiger den Gegenbeweis führen, daß die Eintragung materiell unrichtig ist.[3])

Dieselbe Verschiebung der Beweislast hat der Ehevertrag zur Folge, mag nun sein Inhalt z. B. die Bestimmung von Sachen zum Vorbehaltsgut im Güterregister eingetragen worden sein oder nicht. Im ersten Falle kommt das im vorigen Abschnitt gesagte zur Anwendung. Aber auch, wenn eine Eintragung also die sonst immer gesetzlich verlangte Kundbarmachung des Ehevertrages Dritten gegenüber (1434 BGB.) nicht erfolgt ist, befreit die Vorlegung des Ehevertrages allein die Frau von der Beweislast. Dieser Grundsatz ist durch argumentum e contrario aus § 1435 zu folgern. Dieser § bezieht sich nämlich nicht auf die Fragen des den Gläubigern haftenden Vermögens, sondern will nur Dritten, welche mit einem der Ehegatten in rechtsgeschäftliche Verbindung treten oder mit ihm einen Prozeß führen, Schutz gegen die aus der Veränderung der güterrechtlichen Verhältnisse möglichen Einwendungen geben. Unter dem Bereich der durch § 1435 geschützten Beziehungen fällt aber nicht die Zwangsvollstreckung, welche ein Gläubiger der Ehegatten betreibt. Dieser wichtige Teil scheidet aus dem Wirkungsbereich des güterrechtlichen Verläßlich-

---

1) Dieser Ansicht war Schröder in der 2. Auflage seines Werkes. S. 18. In der 3. Auflage vertritt er sie nicht mehr.

2) Beckhs. S. 245. Wieruszowski II. S. 545, 568, 574, ROLG. Bd. 12. S. 303. RGZ. Bd. 54. S. 362.

3) z. B. durch Nachweis der Nichtigkeit des der Eintragung zu Grunde liegenden Ehevertrags, des Mangels formeller Eintragungserfordernisse oder des Nachweises, daß der als Vorbehaltsgut eingetragene Gegenstand überhaupt nicht zum Vermögen der Frau gehört.

keitsschutzes und der Registrierung vollständig aus.[1]) Die Gläubiger müssen sich also mit der Rechtslage zufrieden geben, wie sie in Wirklichkeit besteht. Mögen sie beim Abschluß des Vertrags von der Unterstellung eines bestimmten Güterrechts ausgegangen sein und mag ihnen damals der Verläßlichkeitsschutz aus §§ 1435, 1431 zur Seite gestanden haben, so verlieren sie diesen Schutz im Bereich der Zwangsvollstreckung. Diese darf sich nur auf Vermögenswerte beziehen, welche wirklich materiell dem Schuldner zustehen, eine Berufung auf § 1435, die unter Umständen eine Bereicherung des Gläubigers auf Kosten eines Dritten z. B. der Ehefrau zur Folge hätte, gibt es bei der Pfändung nicht.[2]) Weist also die Frau durch ihren nichtveröffentlichten Ehevertrag nach, daß eine bestimmte Sache ihr Eigentum ist, so muß der Gläubiger dieses gegen sich gelten lassen. Er trägt die Beweislast für das Eigentum des Mannes. Aus den soeben entwickelten Grundsätzen folgt speziell für das Vorbehaltsgut[3]) der Ehefrau der wichtige Satz, daß zum Beweise der Zugehörigkeit einer Sache zu ihrem Vorbehaltsgut der Nachweis der erfolgten Eintragung, welche sonst für dieses Gut verlangt wird, nicht nötig ist gegenüber den Gläubigern des Mannes, welche im Wege der Zwangsvollstreckung Befriedigung nach § 1362 suchen. Die Frau kann also den Nachweis der Vorbehaltsgutseigenschaft[4]) führen, ohne die Eintragung nachzuweisen. Für den Gläubiger können aus diesem Grundsatz des BGB. große Nachteile entstehen.[5]) Es ist ihm nur in der Anfechtung der ihnen hinderlichen Verträge auf Grund des Anfechtungsgesetzes ein Mittel geboten, die nur zum Schein erfolgte Festsetzung von Vermögensstücken zu Vorbehaltsgut wieder aufzuheben.[6])

Die Vermutung aus § 1362 kann mit anderen Vermutungen des BGB. zusammentreffen. Es ist hier namentlich die Vermutung des § 1006 I BGB. zu erwähnen; die beiden anderen hier in Betracht kommenden Vermutungen der §§ 1438 u. 1527 BGB. werden unten bei der Darstellung der Wirkung der Vermutung auf die einzelnen Güterstände genauer erörtert werden. Nach § 1006 I wird zu gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache vermutet,

---

1) Noch an anderen Stellen huldigt das BGB. dem Grundsatz, daß der Verläßigkeitsschutz nur dem rechtsgeschäftlichen Verkehr, nicht der Zwangsvollstreckung zugute kommt. Vergl. § 68 (Vereinsregister), § 2366 (Erbschein).

2) Dernburg. BGB. Bd. IV. § 55. 1. Cosack. S. 504. IV. Beispiel. Wieruszowski II. S. 566.

3) also eine wichtige Abweichung vom Publikationsprinzip der §§ 1371, 1435 BGB.

4) bei allen Gegenständen (s. §§ 1371, 1431, 1441, 1526, 1549, welche alle indirekt auf den § 1435 verweisen).

5) siehe die von Wieruszowski II. S. 546 u. 567 aufgeführten Fälle.

6) Vergl. RGZ. Bd. 57. S. 81. Gruchot, Beiträge Bd. 48. S. 958, Bd. 50. S. 382.

daß er Eigentümer der Sache sei. Die Wirkung dieser Vermutung auf den § 1362 würde, wenn wir die Fortgeltung des § 1006 annähmen, die sein, daß die Frau oder der Mann, je nachdem wie es für sie am günstigsten wäre, ihre Gläubiger durch Berufung auf den § 1006 zum Beweise ihres Eigentums zwingen würden. Das würde eine außerordentliche Härte für den Gläubiger sein, der meistens nicht genau unterscheiden kann, wer von beiden Ehegatten eigentlich im Besitz der Sache ist. Die Gemeinschaft des häuslichen Lebens führt regelmäßig eine Vermischung der beiderseitigen Fahrnis herbei, der Besitz, der sonst das Recht an der Fahrnis verlautbart, kann hier seine volle Bedeutung als Rechtszeichen nicht entfalten, weil an dem in dem gemeinsamen Haushalt benutzten Sachen dem äußeren Tatbestand nach nicht genügend hervortritt, welcher Ehegatte jede Sache als Eigenbesitzer in seiner unmittelbaren tatsächlichen Gewalt hält.[1]) Der § 1362 muß deshalb den § 1006 überwinden, die lex specialis muß der lex generalis vorgehen. Der § 1362 besagt auch, daß die Frau augenblicklich nicht Eigentümerin ist, es wird also ihrem Besitze die ihm sonst innewohnende Eigentumsvermutung abgesprochen. Sie kann sich deshalb nicht auf die Vermutung des § 1006 berufen.[2]) [3]) Der § 1362 entzieht jedoch nur dem Besitz der Ehegatten die ihm sonst nach § 1006 innewohnende Legitimationskraft; erkennen diese über sich einen mittelbaren Besitzer an, so muß zu dessen gunsten die Vermutung des § 1006 ihre Wirksamkeit äußern. Der § 1006 behält auch ferner seine Wirksamkeit, wenn Dritte mit den Ehegatten oder deren Gläubiger, welche sich auf § 1362 stützen, über das Eigentum einer Sache streiten.

Wir kommen nunmehr zur Betrachtung der Wirkung der Vermutung auf die einzelnen Güterstände. Die Bedeutung der Praesumtion muß nämlich im Zusammenhang mit diesen betrachtet werden, erst dann kann man erkennen, welche große Tragweite die Vermutung hat, erst durch sie empfängt das Güterrechtssystem seine volle Ausgestaltung.[4])

Ihre Hauptbedeutung hat sie unter der Herrschaft des Güterstandes der Gütertrennung und der Verwaltung und Nutznießung. Da hier die Hauptmassen des Vermögens beider Ehegatten bezüglich der Eigentumsverhältnisse getrennt bleiben, und infolgedessen nur das Vermögen des Mannes dem Zugriff seiner Gläubiger unterliegt, finden wir bei diesen Güterständen am meisten das Bestreben

1) Endemann. IV. S. 300.
2) Schröder. S. 18. Staudinger. § 1362. No. 6. Wieruszowski I. S 156. RG. in Gruchot, Beiträge Bd. 51. S. 1005.
3) Neustadt (S. 522), welcher die ganzen Prinzipien des § 1362 bekämpft, sagt, es gelte für die Frau nicht der Satz: „Sei im Besitze und Du wohnst im Recht!" sondern der Satz: „Sei im Besitze und Dein Mann wohnt im Recht!"
4) Neustadt. S. 519.

der absichtlichen Vermögensverschiebungen zugunsten der Ehefrau, um den Gläubigern des Mannes möglichst wenige Angriffsobjekte bei der Zwangsvollstreckung zu bieten. Diesen Bestrebungen tritt § 1362 entgegen.

Bei der Gütertrennung bleiben durch die Vermutung in Wirklichkeit die beweglichen Sachen der Frau dem Zugriff der Gläubiger ihres Mannes so lange ausgesetzt, bis sie den Beweis ihres Eigentums liefert. Dieser tatsächlichen Haftung ihres Vermögens für die Schulden des Mannes kann die Frau nur dadurch vorbeugen, daß sie im Ehevertrag ihre Sachen möglichst genau aufzählt, oder, wenn sie ein selbständiges Gewerbe betreibt, durch ordnungsgemäße Buchführung sich den Nachweis ihres Eigentums zu erleichtern sucht. [1])

Aehnlich liegen die Verhältnisse bei dem gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung. Auch hier untersteht ihr Eigentum — ob es eingebrachtes oder Vorbehaltsgut ist, kommt den Gläubigern des Mannes gegenüber nicht in Betracht — deren Zugriff. Doch stehen ihr bezüglich ihrer verschiedenen güterrechtlichen Vermögensbestandteile Beweismittel zur Seite. Ihr Eigentum an den eingebrachten Sachen kann sie durch Anfertigung eines Vermögensverzeichnisses in etwa, wie oben ausgeführt, sichern. Für das Vorbehaltsgut, für welches im Gebiete der Zwangsvollstreckung der Eintragungszwang nicht gilt, kann sie ihr Eigentum leicht durch Klarlegung ihres Erwerbsgrundes nachweisen. Bei Sachen, welche sie durch den selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erworben hat, durch Vorlegung ihrer Geschäftsbücher (§ 1367), bezüglich der anderen Vorbehaltsgutssachen des § 1368 durch Vorlegung des Ehevertrages, im § 1369 durch Beibringung der letztwilligen oder freigebigen Verfügung, im Falle des § 1370 durch Nachweis der Surrogation.

Bezüglich der Surrogate des eingebrachten Guts gilt folgendes: Hat der Mann (im Falle des § 1381 BGB) mit Mitteln des eingebrachten Guts der Frau bewegliche Sachen oder Haushaltungsgegenstände (§ 1382) an Stelle [2]) der von der Frau eingebrachten, nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Stücke erworben, so muß die Frau zum Beweise ihres Eigentums im ersten Falle darlegen, daß mit Mitteln ihres eingebrachten Gutes die beweglichen Sachen erworben worden sind, [3]) im zweiten Falle, daß der fragliche

---

1) Wieruszowski. S. 158. Bei der Gütertrennung fehlt der Frau das ihr bei den anderen Güterständen zugesprochene Recht, von ihrem Manne die Mitwirkung zur Aufnahme eines Verzeichnisses über den Bestand ihres Vermögens zu erlangen.

2) nicht aus den Nutzungen des eingebrachten Gutes, denn diese gebühren nach § 1383 BGB. dem Ehemanne.

3) Staudinger, § 1381. No. 4. Daß der Mann die Absicht hatte, für Rechnung des eingebrachten Gutes zu erwerben, wird vermutet; daß

Gegenstand zum Haushalte gehört und vom Manne an Stelle eines nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Stückes angeschafft worden ist, welches zum eingebrachten Gut gehört hat. [1]) Daß die Gegenstände ursprünglich zum eingebrachten Gute gehörten, wird sie zugleich mit dem erforderlichen Eigentumsbeweis bezüglich des eingebrachten Guts selbst nachweisen können.

Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft wird die Vermutung weniger Bedeutung haben, da das Gesamtgut den Gläubigern des Mannes ein genügendes Objekt darbietet. Bekanntlich wird alles Vermögen der Frau mit Ausnahme des einen geringen Umfang einnehmenden Sonderguts und des Vorbehaltsguts gemeinschaftliches Vermögen (§ 1438 BGB.) und ist dem Zugriff der Gläubiger des Mannes unterworfen, welche zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut nur eines Schuldtitels gegen den Ehemann bedürfen (§ 740 ZPO.) Erhebt die Frau die Executionsinterventionsklage oder klagt der Gläubiger, nachdem er den Anspruch auf Herausgabe gepfändet und sich hat überweisen lassen, auf Herausgabe der fraglichen Sachen, so muß die Frau zunächst beweisen, daß diese nicht zum Gesamtgut gehören.[2]) Steht der Ausschluß vom Gesamtgut fest, so können sich die Gläubiger immer noch auf § 1362 berufen. Die Frau muß erforderlichenfalls, wenn der Beweis der Nichtzugehörigkeit zum Gesamtgut die Gläubiger von ihrem Eigentum noch nicht überzeugt hat, den Nachweis führen, daß die Sachen nicht im Eigentum des Mannes stehen.[3]) Bei der Gütergemeinschaft ist also zu ungunsten der Frau der Gegenbeweis ihres Eigentums sehr schwer zu führen.

Den für die allgemeine Gütergemeinschaft aufgestellten Sätzen sind diejenigen, welche für die Errungenschaftsgemeinschaft aufgestellt sind, ähnlich. Hier haftet den Gläubigern des Mannes das eingebrachte Gut des Mannes und das Gesamtgut. (§ 1530 BGB.).

Bei der Errungenschaftsgemeinschaft wäre infolge § 1519 nur beim Erwerb während der Ehe die Praesumtion entbehrlich; darum wird sie im § 1527 besonders ausgesprochen, wonach vermutet wird, daß das vorhandene Vermögen Gesamtgut sei.

---

der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes habe erwerben wollen, obliegt daher dem Manne resp. seinen Gläubigern.

1) Staudinger, § 1382. No. 5. Planck, § 1382. No. 4. Sache des sich auf das Eigentum des Mannes Berufenden würde es dann sein, zu beweisen, daß der Mann für sich hat erwerben wollen.

2) Aus § 1438 BGB. kann man folgern, daß alle im Besitze eines oder beider Ehegatten befindliche Vermögensstücke bis zum Beweis des Gegenteils als Bestandteile des Gesamtguts anzusehen sind. Staudinger, § 1438. No. 2. d.

3) Staudinger, § 1362. 5., § 1527. 7. Planck, § 1362. 3. 6., § 1438. 2. Motive IV. 129.

Auf Grund dieser Bestimmung regelt sich die Beweislastfrage analog den oben für die A. G. G. aufgestellten Sätzen. Die Gläubiger des Mannes können mit einem gegen diesen gerichteten Vollstreckungstitel alle im Besitze beider Ehegatten befindlichen Sachen angreifen (§ 740 ZPO.), bis die Frau die Exekutionsinterventionsklage erhebt und den doppelten Nachweis liefert, einmal, daß die fragliche Sache nicht zum Gesamtgut gehört, und zweitens, wenn es noch streitig ist, ob die Sache zu ihrem Vorbehaltsgut oder eingebrachten Gut oder aber zum eingebrachten Gut des Mannes gehört, zur Entkräftigung der jetzt eingreifenden Vermutung des § 1362 I, daß die Sache auch nicht im Eigentum des Mannes steht. [1])

Die Fahrnisgemeinschaft stimmt bezüglich der beweglichen Sachen, für welche § 1362 nur in Betracht kommt, mit der A. G. G. überein. Nach § 1549 in Verbindung mit § 1438 BGB. wird vermutet, daß alle im Besitz der Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen zum Gesamtgut gehören, in das die Zwangsvollstreckung mit einem gegen den Mann gerichteten Titel erforderlich und genügend ist. [2]) Die Frau hat also zunächst zu beweisen, daß ihre Sachen nicht zum Gesamtgut gehören. Steht dieses fest, so kann sich der Gläubiger des Mannes noch auf § 1362 berufen. Die Frau muß dieser Vermutung gegenüber nachweisen, daß die Sache zu ihrem Vorbehaltsgut oder eingebrachten Gut und nicht zu dem eingebrachten Gut des Mannes gehört. [3])

Wenn bei den drei letztgenannten Güterständen nach § 740 ZPO. zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ein gegen den Mann ergangenes Urteil erforderlich und genügend ist, so wird dadurch an den allgemeinen Vorschriften über die Voraussetzung der Zwangsvollstreckung nichts geändert. Insbesondere behalten die §§ 808 u. 809 ZPO. ihre Wirksamkeit. Ist also eine zum Gesamtgut gehörende Sache im Gewahrsam der Frau, so darf der Gerichtsvollzieher für den Gläubiger des Mannes diese Sache nicht pfänden, es muß vielmehr der Gläubiger den Herausgabeanspruch des Mannes pfänden und sich überweisen lassen. [4])

Für den Schaden, welcher der Frau daraus entsteht, daß der Gläubiger des Mannes die Freigabe einer auf Grund der Vermutung gepfändeten aber der Frau gehörigen Sache von dem Nachweis ihres Eigentums abhängig macht, hat der Gläubiger einzustehen.

---

1) Staudinger, § 1527. No. 7. Planck, § 1362. 3. 3., § 1527. 1. Beckh. S. 242.
2) ZPO. § 740.
3) Wieruszowski I. S. 162. Planck, § 1549. Staudinger, § 1549.
4) Gaupp-Stein, §§ 740. II. Staudinger, § 1459. 5. Planck, § 1459. 5. a. Opet § 1443. 2. a., § 1459. A. a. Schmidt Familienrecht, § 1459.7 a. Meisner, § 1459. 5. Ullmann, S. 224.

Werfen wir einen Rückblick auf die Bedeutung der Vermutung bei den einzelnen Güterrechten, so kann man sagen, daß das BGB. im allgemeinen in der Begünstigung der Gläubiger des Mannes das rechte Maß eingehalten hat. Die Gläubiger werden am meisten bei den drei letztgenannten Güterständen schon durch die betreffenden Spezialbestimmungen begünstigt, sodaß die Vermutung des § 1362 nur in den Fällen anzuwenden ist, in denen die Frau nachweist, daß eine Sache nicht zum Gesamtgut gehört. Im allgemeinen harmoniert die allgemeine Bestimmung des § 1362 mit den speziellen güterrechtlichen. Neustadt macht darauf aufmerksam, daß das BGB. in einem Punkte zu weit gehe, nämlich bezüglich des Sonderguts der A. G. G. Dieses sei unübertragbar,[1]) also könne der Mann doch nie Eigentum daran erwerben; trotzdem werde vermutet, daß dieses Eigentum des Mannes sei. Neustadt[2]) nennt dies eine logische Inkonsequenz. M. E. mit Unrecht, da in dem § 1362 nicht der Satz enthalten ist, daß der Mann die Sachen von der Frau erhalten hat.

Man streitet darüber, ob der § 1362 zwingendes Recht enthält, d. h. dem Vertragswillen der Parteien entzogen ist oder nicht. Die herrschende Ansicht[3]) scheint aus dem Zusammenhang, in welchem der § 1362 steht, die Schlußfolgerung des zwingenden Rechts gezogen zu haben. Sie bringt den § 1362 mit den anderen Normen des V. Titels, welche zwingendes Recht enthalten, zusammen und argumentiert, daß aus der Tatsache, daß der überwiegende Teil des Titels zwingend sei, der Gesetzgeber zu erkennen gegeben habe, daß der ganze Titel, mithin auch § 1362 diese Eigenschaft besitzen solle. Nach Wieruszowski[4]) ist der § 1362 eine „Ausstrahlung der personenrechtlichen Wirkung der Ehe auf das vermögensrechtliche Gebiet", und deshalb wie diese zwingendes Recht. Man hält ferner[5]) den § 1362 für eine prozessuale Vorschrift, also für eine Norm, welche in erster Linie die Verteilung der Beweislast bezwecke. Dann ist allerdings die Möglichkeit ausgeschlossen, die Vermutung des § 1362 durch Vereinbarung außer Kraft zu setzen, da ein Beweislastvertrag[6]) dem Richter keine Bindung auferlegen darf. Dieser Ansicht wird beigetreten.

---

1) § 1439 BGB.
2) Neustadt. S. 522, 526.
3) Staudinger, § 1362. 11., § 1432. 3cß. Planck, § 1362. Vorbem. 6. Dernburg, § 33. Anm. 9. Endemann II. 290. Anm. 3. Cosack II., § 291. IV. Haidlen, S. 91 ff. Opet. Vorbem. 7. Schmidt, Vorbemerkung II. 2.
4) Wieruszowski I., S. 2, 141, 182.
5) Planck. Vorbem. zu Titel 5. No. VI., insbesondere Staudinger Vorbemerkung VII.
6) Opet, § 1362. 3. f Beckh. S. 55.

Zum Schlusse noch einige Worte über die Wirkungsdauer [1]) der Vermutung. Als eine der allgemeinen Wirkungen jeder Ehe gilt der § 1362 für die ganze Dauer des Bestehens der Ehe. Nach Auflösung der Ehe ist seine Anwendung auf die Fälle beschränkt, daß ein Gläubiger des Mannes, welcher bereits bei Lebzeiten oder während des Bestehens der Ehe diese Stellung einnahm, gegen die Erben der Frau die Vermutung geltend machen will, da ein Schutz der Gläubiger gegen die Gefahren der Vermögensvermittlung auch nach Auflösung der Ehe, oft sogar noch in verstärktem Maße notwendig ist. Doch muß darauf gesehen werden, daß die Voraussetzung des § 1362 während des Bestehens der Ehe vorhanden war. Ein Gläubiger des Mannes ist nicht der Erbfallgläubiger, also zum Beispiel derjenige, welchem der Mann ein Vermächtnis hinterlassen hat. Dieser kann sich nicht auf die Vermutung berufen, da er nicht Gläubiger des Mannes, sondern seiner Erben ist.

Die Vermutung ist für das Strafrecht und das Strafverfahren mit dem Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht vereinbar. Sie befreit deshalb das Gericht nicht von der Verpflichtung, sich über die Wahrheit der im Zivilprozeßverfahren bis zum Beweise des Gegenteils als wahr geltenden Tatsachen nach § 260 u. § 261 St. P. O. eine Ueberzeugung zu verschaffen. [2])

2. Die Vermutung des § 1362 Abs. 2 BGB.

a) Entstehungsgeschichte.

Dafür, daß durch den höchst ausgiebigen Schutz der Interessen der Gläubiger des Ehemannes berechtigte Interessen der Ehefrau nicht gefährdet werden, soll die Bestimmung des § 1362 Abs. 2 sorgen. Diese enthält nämlich eine Ausnahme bezüglich der ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen, für welche zu ihren Gunsten die entgegengesetzte Vermutung aufgestellt wird. Im § 1362 Abs. 2 heißt es:

> „Für die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen, insbesondere für Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte gilt im Verhältnisse der Ehegatten zu einander und zu den Gläubigern die Vermutung, daß die Sachen der Frau gehören."

---

[1]) Wieruszowski I. S. 156.

[2]) RG. in Strafsachen, Bd. 36. S. 332. Ein Ehemann hatte aus der von ihm gemieteten Wohnung vor Zahlung des Mietzinses einen Spiegel fortgeschafft. Die von ihm vorgebrachte Behauptung, die Sachen seien eingebrachtes Gut seiner Ehefrau, wurde vom Gericht 1. Instanz unter Hinweis auf § 1362 verworfen. Das RG. hob dieses Urteil auf, da die Vermutung für das Strafrecht aus den oben erwähnten Gründen keine Bedeutung habe.

Der Absatz 2 ist deutschrechtlichen Ursprungs, ein Gegenstück im römischen Recht fehlt.[1]) Er klingt an das deutschrechtliche Institut der Gerade an, welche besonderen Rechtsregeln namentlich im Erbrecht unterstanden. Unter Gerade verstand man diejenigen beweglichen Sachen, welche die heiratende Frau zur ersten Einrichtung und Fortbildung ihres neuen Haushaltes mitzubringen pflegte.[2])

Im sächsischen und brandenburgischen Recht hat sich im 18. Jahrhundert der Grundsatz ausgebildet, daß die praesumtio Muciana auf diese Gerade keine Anwendung findet. Dieses Gewohnheitsrecht ist auch bis in die neueste Zeit in Geltung geblieben in der Mark Brandenburg, da hier die ersten drei Titel des II. Teils des Allgemeinen Landrechts, welche das Familienrecht enthielten, suspendiert waren.[3])

Die erste gesetzliche Regelung und Anerkennung der deutschrechtlichen Gerade für die praesumtio Muciana finden wir im § 1656 sächs. BGB., welche, wie bereits oben (S. 38) erwähnt, von der Pr. M. diejenigen Sachen ausnahm, welche in der Wohnung des Ehemanns zur Bekleidung, zum Schmuck oder sonst zum Gebrauche bloß für die Person der Ehefrau bestimmt sind. An diesem Vorwärtsdringen deutschrechtlicher Gedanken ist man in den Beratungen erster und zweiter Lesung zu den Entwürfen des BGB. nicht achtungslos vorübergegangen. Die Entwürfe[4]) schließen sich dem sächsischen Vorbild an, die Aufstellung einer besonderen Eigentumsvermutung für die Gerade hielt man indessen nicht für erforderlich, da die allgemeinen Grundsätze ausreichen würden, um in jedem Falle unter Berücksichtigung der besonderen Umstände die richtige Entscheidung zu ermöglichen. Die nach der Veröffentlichung der Entwürfe einsetzende Kritik[5]) veranlaßte die Reichstagskommission, eine selbständige Eigentumsvermutung für die Frauengerade aufzustellen (§ 1345 Abs. 2 der Vorlage). Es wurde in der Kommission bemerkt, daß die Normierung des Entwurfes nicht genüge, man müsse eine Vermutung aufstellen und diese auf die Arbeitsgeräte der Frau ausdehnen

---

1) Das römische Recht kennt auf einem anderen Gebiet den Begriff der Frauengerade. Die römischen Juristen sprechen nämlich von den res uxoris causa paratae, worunter sie Kleider, Schmucksachen etc. rechnen. Vergl. Dig. 32. C. 45. Korn. S. 391. Siehe auch noch dig. 34. 2. 10 und oben S. 10 die Ansicht Lenels, wonach die Pr. M. sich auf diese Gerade beziehen soll.

2) Daeschner. S. 8 ff. Gengler. S. 644.

3) Das A. L. R. kennt diese Vermutung nicht. Dagegen kennt etwas Aehnliches das bayr. Landrecht I, 6. § 21, welches „als der Frau allein zuständig" bezeichnet: „Der Ehefrau End, Gebänd, Kleider all anderes zu ihrem Leibe Gehöriges nebst dem Schmuck und Kleinodien."

4) § 1282. Motive IV, S. 166. Korn. Bericht, S. 244.

5) Vor allem von deutschrechtlicher Seite; Gierke, S. 51.

und sie sowohl im Verhältnis der Ehegatten zu einander wie zu den Gläubigern gelten lassen. Die Kommission gab diesem Gedanken Folge, indem sie den Abs. 2 in der angeregten Weise unter Ausdehnung auf die Arbeitsgeräte der Frau umänderte. In der abgeänderten Fassung ist dann der Absatz 2 Gesetz geworden, sehr zum Vorteile der Frau, deren Stellung bezüglich ihrer Frauengerade Dritten wie ihrem Mann gegenüber, hierdurch sehr gestärkt worden ist.

b) Der § 1362 Abs. 2.

Die Vermutung hat gegenüber derjenigen des Abs. 1 insofern eine größere Bedeutung, als sie nicht sowohl gegenüber den Gläubigern des Mannes, sondern auch zwischen den Ehegatten gilt. Sie war nötig, um einen gerechten Ausgleich und einen ausgiebigen Schutz den berechtigten Interessen der Ehefrau zuteil werden zu lassen. Die praktische Bedeutung dieser Vermutung steht jedoch hinter derjenigen des Abs. 1 zurück. Die Frau wird nicht häufig in die Lage kommen, durch Berufung auf Abs. 2 ihr Recht zu verteidigen. Die Gläubiger des Mannes resp. der Gerichtsvollzieher werden jetzt in der Regel von einer Pfändung der Frauensachen absehen, da es ihnen nur selten gelingen wird, die zugunsten der Frau aufgestellte Eigentumsvermutung durch den Gegenbeweis zu entkräftigen. Die Gläubiger der Frau werden aus dem Grunde die hier in Betracht kommenden Sachen selten pfänden, da die Kleidungsstücke der Frau in den meisten Fällen für dieselbe unentbehrlich sind (ZPO. § 811 Z. 1) und deshalb nicht gepfändet werden können. Ebenso sind die Arbeitsgeräte der Frau der Pfändung nicht unterworfen, falls sie zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind (ZPO. § 811 Z. 5).

Aus der Entstehungsgeschichte des § 1362, welche den Abs. 2 als eine Ausnahmevorschrift gegenüber dem Abs. 1 angibt, muß man folgern, daß die Vermutung des Abs. 2 auch nur für bewegliche Sachen gilt; wenn auch die Fassung dieses Absatzes für sich betrachtet eine Ausdehnung auf unbewegliche Sachen zuläßt, so ergibt aber der innere Zusammenhang der beiden Absätze die eben aufgestellte Einschränkung. Es findet auch deshalb die Vermutung Anwendung ohne Rücksicht, ob sich die Sachen im Besitz des Mannes oder der Frau oder beider Ehegatten befinden, sie ist auch an die Voraussetzung der häuslichen Gemeinschaft nicht gebunden.[1]) Bezüglich der letzteren Punkte wird im einzelnen auf die Ausführungen im vorigen Kapitel verwiesen. Die folgenden Erörterungen beschränken sich auf eine Auslegung des Sachenkreises, innerhalb dessen die Ver-

[1]) Wieruszowski, S. 146. Staudinger, § 1362. 3.

mutung für das Eigentum der Frau gilt. Dieser umfaßt nach dem Gesetz „die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch bestimmten Sachen". Diesen Begriff finden wir noch an drei anderen Stellen im BGB.:[1]) Bei der Festsetzung des Vorbehaltsguts der Frau im gesetzlichen Güterstand, bei der Aufteilung der Gütergemeinschaft und bei der Normierung des freien Vermögens des Kindes und zwar in dem gleichen Sinne, weshalb auch in den Kommentaren dieser Begriff nur bei einer Gesetzesstelle erläutert wird. Ueber die Auslegung dieser Worte findet man in der Literatur die verschiedensten Ansichten vertreten, denn man kann nicht gerade sagen, daß die Formulierung der Frauengerade eine glückliche ist. Es fragt sich, wie man den Kreis der Frauengerade bestimmen soll. Muß nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Sache objektiv auf den ausschließlichen persönlichen Gebrauch seitens einer Frau hinweisen, oder ist seitens der Frau eine Zweckbestimmung erforderlich, welche gewisse Sachen zu ihrem ausschließlichen persönlichen Gebrauch bestimmt? Oder muß in subjektiver und objektiver Hinsicht ein Gebrauch der Frau vorhanden sein.

Die Vertreter der ersten Ansicht, welche also auf die objektive Beschaffenheit der Sache das Hauptgewicht legen, um sie als Frauensache anzusehen, weisen auf die im Gesetze angeführten Beispiele hin, da nur solche Gegenstände aufgeführt worden seien, deren natürliche Beschaffenheit schon äußerlich auf den ausschließlichen Gebrauch seitens der Frau schließen lassen, nämlich Frauenkleider, -schmucksachen, -arbeitsgeräte. Fordere man eine durch menschliche Willkür aufgeprägte Zweckbestimmung, so müsse die Frau immer erst das Vorhandensein dieser Bestimmung beweisen, daß gerade durch das Erfordernis des objektiven Geeignetsein verhütet werden sollte. Vertreten wird diese Ansicht, daß die objektive Beschaffenheit ausschlaggebend ist, von Rocholl (Seite 98), Falkenstein (S. 65) und auch wohl von Ullmann (S. 15). Der subjektiven Bestimmung spricht Cosack (I. S. 507) das Wort, wie aus seinen Beispielen, welche er zur Erläuterung der Vermutung anführt, hervorgeht. Den doppelten Nachweis der subjektiven und objektiven Bestimmung zur Frauengerade verlangt Wieruszowski (S. 149), während sich andererseits Staudinger[2]) mit einem die Zweckbestimmung der Sache ausdrücklichen Erfordernisse begnügen will. Planck (§ 1362 A. 5) und Endemann (S. 344) wollen den tatsächlich festgestellten Gebrauch entscheiden lassen. Sie neigen durch die Aufstellung dieses Erfordernisses der subjektiven Bestimmung zu. Nach Planck entscheidet zunächst die Beschaffenheit der Sache. Das

[1]) §§ 1366, 1477, 1650.
[2]) Staudinger, § 1366. 3 c.

Verhältnis könne aber auch anders liegen und dann könne nur der tatsächliche Gebrauch entscheiden.

Welche Ansicht die richtige ist, läßt sich schwer entscheiden. Leider können wir zur Auslegung nicht die Gesetzesmaterialien zur Hülfe nehmen, da diese sich nicht über den Sinn der Worte ausgesprochen haben. Die Denkschrift[1] spricht nur einmal von der sachlichen Rechtfertigung der Ausnahmebestimmung des Abs. 2, die darin liege, daß diese Sachen sich vermöge ihrer Beschaffenheit und Bestimmung ohne weiteres als Frauengut darstellen. — Den Anhängern der objektiven Theorie ist darin Recht zu geben, daß, wenn man das objektive Moment nicht unbedingt fordern würde, die Eheleute imstande wären, durch eine willkürliche Bestimmung von Sachen zum Gebrauch der Ehefrau die ganze Vermutung des Abs. 1 unwirksam und illusorisch zu machen. Es könnte dann die Frau durch den Nachweis der Gebrauchsbestimmung einen großen Teil ihres Vermögens der Vermutung des Abs. 1 entziehen und dem Gläubiger die Beweislast für das Eigentum ihres Mannes zuschieben.[2]) Indessen läßt uns bei manchen Sachen, besonders bei dem Arbeitsgerät die natürliche Beschaffenheit der Sache im Stich, da gerade oft die verschiedenen Arten von Arbeitsgeräten von Männern wie Frauen benutzt werden können und auch tatsächlich benutzt werden. Hier tritt das objektive Moment zugunsten des subjektiven ganz in den Hintergrund. Bei der großen Verschiedenartigkeit der im alltäglichen Leben vorkommenden Fälle läßt sich deshalb eine absolut zuverlässige Theorie im Sinne der ausschließlichen Betonung entweder des objektiven oder subjektiven Elements überhaupt nicht aufstellen. Es lassen sich nur gewisse Direktiven geben, welche auf einer gleichmäßigen Berücksichtigung des objektiven und subjektiven Moments begründet sind. Doch muß das objektive Moment den Ausschlag geben, da es in den meisten Fällen die Grundlage der Auslegung bildet. Wie bei der Vermutung des Abs. 1 der Besitz der Ehegatten, soll bei derjenigen des Abs. 2 die objektive Beschaffenheit der Sache für den Richter der äußere Anknüpfungspunkt für seine Entscheidung sein. Daß aber andererseits das objektive Moment allein nicht genügt, zeigen die Worte: Bestimmung zum „persönlichen Gebrauch der Frau". Einer Sache kann eine Bestimmung zum Gebrauch, also eine Zweckbestimmung nur durch den menschlichen Willen verliehen werden, eine objektive Gebrauchsbestimmung für eine individuell bestimmte Frau läßt sich nicht denken, aus dem Wesen einer Sache kann sich nur ergeben, daß sie für den Gebrauch einer Frau überhaupt bestimmt ist. Der eigentliche Zweck, dem die Sache

---

[1]) S. 175.
[2]) Falkenstein, S. 66.

gewidmet ist, läßt sich nur durch menschliche Willkür bestimmen.

Von welcher Seite die Gebrauchsbestimmung getroffen werden muß, sagt das Gesetz nicht, sie kann ohne Ausnahme von jedem, also von der Frau selbst, dem Manne oder einem Dritten ausgehen.[1]) Die Bestimmung muß so getroffen werden, daß eine ausschließliche persönliche Benutzung seitens einer bestimmten Frau möglich ist.[2]) Die Annahme einer solchen ist ausgeschlossen, wenn eine bestimmte Ehefrau im Einzelfalle die Sachen nicht für sich, sondern in ihrer Eigenschaft als Leiterin des Haushalts zur Benutzung hat. Deshalb fallen die Küchengerätschaften, die Tisch- und Bettwäsche, sowie der größte Teil des Mobilars nicht unter die Vermutung des Abs. 2 im Gegensatz zur Leibwäsche der Frau. Mangels Bestimmung zum persönlichen Gebrauch ist die Anwendung der Vermutung auch ausgeschlossen, wenn die Frau eine antike Schmucksammlung besitzt, welche sie, weil nicht passend oder unmodern, nicht trägt; ebenso verhält es sich mit alten ererbten wertvollen Kleidern.

Daß die Frau den für sie bestimmten Gegenstand in steter Benutzung hat, ist nicht erforderlich. Anderer Ansicht ist Cosack[3]) (§ 393, 4 b. Nr. I).

Das Gesetz fordert sodann einen „ausschließlichen" Gebrauch der Frau. Die fragliche Sache darf nicht im Mitgebrauch des Mannes stehen, da die Gebrauchssphären der beiden Ehegatten genau getrennt werden müssen zur Entscheidung, ob eine Sache unter die Vermutung des Abs. 1 oder 2 fällt. Die Mitbebenutzung seitens des Mannes wird bei Kleidern und Schmuckgeräten nicht vorkommen, sie ist aber denkbar an den Arbeitsgeräten der Frau. Ob an diesen Mitgebrauch durch den Mann vorliegt, läßt sich leicht feststellen. Zweck und Dauer der Be-

---

[1]) Rocholl, S. 98.

[2]) Betreibt die Frau ein Damenkonfektionsgeschäft, so fallen z. B. die fertigen Kostüme nicht unter die Vermutung des Abs. II, da tatsächlich die Frau dieselben nicht für sich gebraucht und trägt.

[3]) Er verlangt die Gegenwärtigkeit der Gebrauchsbestimmung. Daß diese vorliegen muß, ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen. Wie oben nachgewiesen ist, kommt es auf die Bestimmung allein an. Ob die Frau den bestimmungsgemäßen Gebrauch macht oder nicht, macht, ist unerheblich. Anderenfalls würde man sehr häufig der Frau die Vermutung entziehen, lediglich auf Grund des nicht gelieferten Beweises der Gegenwärtigkeit des Gebrauches. Die tatsächliche Benutzung einer Sache ist für die Frau nur eine Beweiserleichterung, daß die Sache für sie bestimmt ist. „Eine verunglückte Balltoilette, welche die Frau liegen läßt, untersteht nichtsdestoweniger der Vermutung des Abs. 2". (Wieruszowski, S. 148 A. 43. Opet, § 1362. 2.), Planck (§ 1362. Abs. 2) will bei denjenigen Sachen, die schon ihrer Beschaffenheit nach für eine Frau bestimmt sind, bis zum Beweise des Gegenteils annehmen, daß sie tatsächlich von der Frau benutzt werden.

nutzung und die Lebensverhältnisse, in denen die Ehegatten leben, also das subjektive Moment, werden den Ausschlag geben, bei der Entscheidung, ob das betreffende Arbeitsgerät unter Abs. 1 oder 2 fällt. Ob eine dritte Person z. B. die Tochter die Sachen mitbenutzt, ist unerheblich. [1])

Nach diesen allgemeinen Darlegungen der Voraussetzungen, welche bei den unter Abs. 2 fallenden Sachen vorhanden sein müssen, müssen wir noch auf die einzelnen im Gesetze als Beispiele aufgeführten Gegenstände näher eingehen. Diese führt das Gesetz zur Erläuterung des Ausdrucks Frauengerade an. Aus ihnen ist zu schließen, in welchem Sinne dieser auszulegen ist. Eine erschöpfende Aufzählung aller einschlägigen Vermögensstücke zu geben, vermied das Gesetz. Es erwähnt zunächst Kleider und Schmucksachen. Unter Kleider sind weibliche Bekleidungsstücke jeder Art zu verstehen, unter Schmucksachen alle Sachen, welche zur Verzierung des weiblichen Körpers dienen. Bei diesen Sachen ist die objektive Bestimmung auf den ersten Blick erkennbar, die subjektive Zweckbestimmung wird die Frau leicht nachweisen können. Das Gesetz führt als dritte Gruppe Arbeitsgeräte an. Dieser Begriff ist durch die Reichstagskommission [2]) hinzugefügt worden, als Beispiel werden von ihr Nähmaschine und Strickgerätschaften genannt. Diese Beispiele müssen ein Fingerzeig für die Auslegung des Begriffs Arbeitsgeräte sein. Es sind darunter nur Gerätschaften im engsten Wortsinne zu verstehen, welche für den ausschließlichen Gebrauch seitens der Frau in Betracht kommen können und als solche von der Frau benutzten Gerätschaften angesehen werden. [3]) Da bei diesen ein Mit- oder Alleingebrauch des Mannes möglich ist, werden hier das subjektive Moment und die tatsächliche Benutzung den Ausschlag geben, denn Gerätschaften, welche objektiv auf einen Gebrauch durch Frauenhand hinweisen, [4]) wird es wohl in Wirklichkeit kaum geben. Benutzt die Frau Arbeitsgeräte, z. B. eine Nähmaschine zur Unterstützung des Mannes in seiner geschäftlichen Tätigkeit (§ 1356 BGB.), so wird diese der Vermutung des Abs. 1 unterliegen. [5]) Dieselben Gerätschaften fallen aber unter Abs. 2, wenn die Frau diese in einem von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäft zu ihren Arbeiten gebraucht oder als Heimarbeiterin zu ihrem Verdienst benutzt. Bei einer verheirateten Näherin unterliegt den Gläubigern des Mannes nicht

---

[1]) Wieruszowski, S. 148.
[2]) Bericht. S. 105 ff.
[3]) Neben der Nähmaschine fallen unter Abs. II Spinnräder, Strickmaschinen, die von Frauen bedient werden.
[4]) Dieses Erfordernis verlangt Wieruszowski, S. 149.
[5]) Beschluß des OLG. Dresden vom 30. 5. 1900 in Seufferts Archiv, Bd. 57. S. 243.

die Nähmaschine, da sie zu ihrem persönlichen Gebrauch zwecks Erwerbs ihres Unterhalts bestimmt ist — vorausgesetzt, daß die Maschine nicht schon nach § 811 Z. 5. ZPO. unpfändbar ist. Ob die Frau ab und zu dieselbe zum Nähen von Kleidern für ihre Kinder benutzt und dadurch in den Dienst der Gesamtfamilie stellt, ist unerheblich; die Maschine bleibt trotzdem für den Gebrauch der Frau bestimmt. Von den Frauensachen zu scheiden sind die Haushaltungsgegenstände, z. B. die Kücheneinrichtung, da sie zur Ausstattung des gemeinsamen Haushalts und zum Dienst für die gesamte Familie, nicht der Frau allein bestimmt sind. Hierzu wird auch die Nähmaschine zu rechnen sein, wenn die Frau, wie dies in besseren Häusern der Fall ist, sie nicht als Mittel zum Unterhalt, sondern zum Dienst für die Familie gebraucht. In einem solchen Fall untersteht sie der Vermutung des Abs. 1.[1])

Die Fassung des § 1362 Abs. 2 zeigt, daß die Aufzählung der drei eben besprochenen Klassen von Frauengeräten nicht erschöpfend ist. Die vom Gesetz angeführten Beispiele haben nur den Zweck, die Richtung anzugeben, welche die Auslegung des § 1362 Abs. 2 einzuhalten hat. Deshalb fallen auch noch andere Sachen unter diese Vermutung, doch muß immer das Erfordernis, daß sie ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind, gewahrt bleiben, keineswegs darf man die Ausdrücke „ausschließlich" und „persönlich" durch „selbstständig" ersetzen und als Frauengerade alle überhaupt zum selbstständigen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen ansehen, wie Dernburg[2]) dieses tut. Es fallen deshalb nicht unter Abs. 2 das

---

[1]) Ebenso OLG. Dresden (vergl. die vorige Anmerkung): „Nach den heutigen Anschauungen und Lebensbedürfnissen bildet die Nähmaschine einen Teil des Hauptgerätes, deren sich die Frau nicht für ihre Person, sondern in ihrer Eigenschaft als Hausfrau und Mitglied der Familie bedient."
Gaupp-Stein (§ 811 CPO.) hält die Nähmaschine nach § 811 Ziff. 1 CPO. für unpfändbar, wenn sie im Haushalte einer kinderreichen Familie unentbehrlich ist. Nach § 811 Ziff. 5 CPO. ist sie dann unpfändbar, wenn sie zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit unentbehrlich ist, vergl. Seuffert Archiv 51, 240.

[2]) Dernburg, Familienrecht, § 36. 3, § 40., versteht den § 1362 in einem engeren und weiteren Sinne. Im engeren Sinne sei er auf Sachen zu beziehen, welche der leiblichen Person der Frau bestimmt seien. Dieses sei der Sinn der Entwürfe zum BGB. gewesen. Im weiteren Sinne könne man unter der Frauengerade aber alles verstehen, was ausschließlich dem selbständigen Gebrauch der Frau bestimmt ist. Dieses sei der Wille der Reichstagskommission gewesen, welche ihn auf Grund eines Verbesserungsantrags dadurch verwirklicht habe, daß sie den Beispielen der Entwürfe Kleider und Schmucksachen, die Arbeitsgeräte der Frau an die Seite stellte, denn diese seien keine Ausstattung der leiblichen Person, sondern dienten dem persönlichen Betriebe ihrer Geschäfte. — Es war in der R. T. Kom-

Betriebskapital, mit dem die Frau ein Erwerbsgeschäft betreibt, oder die Vermögensstände, aus denen sich das Erwerbsgeschäft zusammensetzt. Die Frau beabsichtigt doch nicht, diese Gegenstände ausschließlich für sich persönlich zu gebrauchen. Deshalb gehört auch nicht das der Frau ausschließlich zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse überlassene Geld hierher.[1]) Die eben erwähnten Gegenstände unterstehen der Vermutung des Abs. 1 und können also von den Gläubigern des Mannes gepfändet werden. Dagegen gehören zur Frauengerade alle der Körperpflege sowie dem Sport der Frau gewidmeten Gegenstände, wie Damenfahrrad, -schlittschuhe, -Sattel.[2]) In einer modernen Ehe kann man auch das Reitpferd der Frau hinzu rechnen.[3]) Dem Tiere selbst sieht man eine diesbezügliche Bestimmung nicht an und die Anhänger der objektiven Theorie würden es deshalb der Vermutung des Abs. 1 unterstellen. M. E. ist hier jedoch die tatsächliche Benutzung und die subjektive Bestimmung maßgebend. Das Reitpferd untersteht also nicht dem Zugriffe der

---

mission (§ 1354) vorgeschlagen, dem jetzigen § 1366 den Passus, „sowie die zur Ausübung ihres Berufs oder Erwerbs dienenden Gegenstände" einzuschieben und hierdurch die Bestimmung auf die Arbeitsgeräte der Frau auszudehnen. Aus dieser Formulierung geht also hervor, daß die Antragsteller nichts weiteres bezweckten, als daß die Bestimmung auf Arbeitsgeräte in dem gewöhnlichen Wortsinn des alltäglichen Lebens erstreckt werden sollte. Das jene nur Arbeitsgeräte im engsten Wortsinne, nicht aber die überhaupt zum selbständigen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen meinten, ergeben die in dem Antrage erwähnten Beispiele: Nähmaschine, Stickereigerätschaften. Für den jetzigen § 1362 war sogar in der Kommission direkt (Bericht, S. 105) der Antrag gestellt worden, die Vermutung des Abs. 2 auszudehnen auf Arbeitsgeräte der Frau, denn wenn die Frau eine Nähmaschine besitze, so spreche die Vermutung ebenso gut für ihr Eigentum, als wenn die Frau Kleider und Schmucksachen habe. Die Redaktionskommission gab diesem Gedanken Folge durch Umänderung des Abs. 2 in der Form, wie er jetzt zum Gesetz geworden ist. Hier fehlt also die Möglichkeit, daß die Kommission unter Arbeitsgeräte etwas anderes verstanden hat als Arbeitsgeräte im engsten Sinne des Wortes. Damit fällt aber auch die Ansicht Dernburg, welche sich doch hauptsächlich auf die Ansichten der Kommissionsberatungen stützt, in sich zusammen (vergl. Ullmann S. 6—13, Staudinger, § 1366. 3 z, Planck, § 1366. 1.). Crome will das Erwerbsgeschäft dann hierher rechnen, wenn die Frau es mit Zustimmung ihres Mannes betreibt (S. 242). Aus der Zustimmung zu dem Geschäftsbetrieb erhelle, daß er die Sachen der Frau zum ausschließlichen Gebrauch überlassen wolle, überdies sei ein leiblicher Gebrauch nicht verlangt. Wie denkt sich Crome aber den persönlichen Gebrauch an Sachen des Erwerbsgeschäfts?

[1]) Wieruszowski. S. 150. Opet, § 1362. 2. Endemann. S. 344. Planck, § 1362. 5.

[2]) Staudinger, § 1366. 3 d; ferner die Malgeräte einer Mallehrerin. BGB. her. vom RGR. § 1366. 3.

[3]) Salamonski. S. 23. Wieruszowski S. 140.

Gläubiger des Mannes, wenn sich herausstellt, daß es wirklich ausschließlich von der Frau zu ihren Spazierritten benutzt wird. Aus demselben Grunde fallen unter Abs. 2 das Klavier, die Noten u. s. w. einer verheirateten Sängerin oder Klavierlehrerin; auch Möbeln, wie Damenschreibtisch, Nähtisch, unter Umständen die ganze Boudoireinrichtung wird man dem Abs. 2 unterstellen können. (Wieruszowski S. 148.)

Bei den letzten Beispielen wird es zu einer näheren Prüfung und damit zu einem Vorbeweise der Frau, daß die Gegenstände auch wirklich ihrem persönlichen Gebrauch dienen, kommen, ein Beweis, der sich in den Grenzfällen nicht ganz umgehen lassen wird.[1]) Hiermit soll jedoch nicht der Frau der Eigentumsbeweis selbst aufgebürdet werden, dann würde die praktische Bedeutung des § 1362 Abs. 2 illusorisch sein.

Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß nur eine gemeinsame Betrachtung des subjektiven und objektiven Moments zu einer befriedigenden, den normalen Verhältnissen entsprechenden Lösung der schwierigen, für die Frau sehr wichtigen Auslegung des § 1362 Abs. 2 führt.

Ist nun eine Sache, welche den obigen Voraussetzungen entspricht, im Besitze eines oder beider Ehegatten, so gilt im Verhältnis der Ehegatten zu einander und zu den Gläubigern die Vermutung, daß die Sachen der Frau gehören, also ihr Eigentum sind. Die Vermutung wirkt einerseits zu ungunsten der Gläubiger des Mannes. Lassen diese eine zur Gerade gehörigen, im Gewahrsam des Mannes befindliche Sache pfänden, und erhebt die Frau die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO., so muß der Beklagte, die für das Eigentum der Frau sprechende Vermutung widerlegen. Zweitens wirkt die Vermutung zugunsten der Gläubiger der Frau. Lassen diese einen wertvollen in der gemeinschaftlichen Wohnung befindlichen Schmuck der Frau pfänden, so muß der Mann beweisen, daß der Schmuck sein Eigentum ist. Zwischen den Ehegatten wird die Vermutung am meisten praktisch werden bei der Vermögensauseinandersetzung infolge Ehescheidung oder bei der Aufhebung des zwischen den Ehegatten bestehenden Güterrechts.[2])

Bezüglich der Zwangsvollstreckung, für welche die Vermutung, wie diejenige des Abs. 1 am meisten praktisch wird, sei noch folgendes erwähnt.[3])

---

1) Cosack in seinem Beispiel auf S. 507. Planck, § 1362. 5. Abs. 4 am Ende.

2) §§ 1418, 1421; 1468, 1471 BGB.

3) Wichtig gerade für den Abs. 2 ist die Nichtgeltung des § 1006 zwischen den Ehegatten. Will also der Ehemann ein in seinem Besitz befindliches Damenfahrrad seiner Frau nicht herausgeben, so kann er sich bei der rei vindicatio seitens der Frau nicht auf die

Wie man annimmt, daß die in der gemeinschaftlichen Wohnung befindlichen Mobilien im Gewahrsam des Mannes sich befinden, so wird auch die Annahme, daß die Gerade im Alleinbesitz der Frau ist, auch wenn sie in der gemeinschaftlichen Wohnung sich befindet, meistens den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen. Befindet sich die Gerade in dem ausschließlichen Gebrauch des Mannes, d. h. in den nicht gemeinschaftlichen Räumen, so muß der Gläubiger der Frau sich den Anspruch gegen den Mann auf Herausgabe pfänden und überweisen lassen. 1), 2)

Den Gegenbeweis kann derjenige, gegen den die Vermutung bestimmt sind, und ferner dadurch, daß er beweist, daß die Frau konkreten Falle nicht ausschließlich zum persönlichen Gebrauch bestimmt sind, und ferner dadurch, daß er beweist, daß die Frau nicht Eigentümerin der Sachen ist, schließlich auch dadurch führen, daß die Sachen, die früher dem Gebrauch der Frau bestimmt waren, gegenwärtig eine andere Gebrauchsbestimmung erhalten haben. Wird beim Arbeitsgerät der Mitgebrauch 3) seitens des Mannes nachgewiesen, so trifft die Vermutung des Abs. 1 zu.

Wie im vorigen Abschnitt, so müssen wir auch beim Abs. 2 seine Wirkung auf die einzelnen Güterstände untersuchen.

Das Gesetz erwähnt bei der Aufzählung der zum Vorbehaltsgut der Frau gehörenden Gegenstände dieselben Sachen, wie der § 1362 Abs. 2. Diese Frauensachen sollen nach § 1366 Vorbehaltsgut der Frau sein und der Verwaltung und Nutznießung seitens des Mannes nicht unterstehen. Voraussetzung der Vorbehaltseigenschaft ist aber, daß das Eigentum der Frau an dem Frauengut feststeht. Für diese Feststellung kommen die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast in Betracht, es wird nicht im § 1366, wie dieses der § 1656 des sächs. BGB. tat, vermutet, daß die Sachen Eigentum der Frau seien. 4) Erst dann, wenn die Frau nachgewiesen hat, daß die im § 1366 aufgeführten Sachen in ihrem Eigentum stehen, gehören sie zum Vorbehaltsgut. 5) Dieser oft schwierige Beweis wird der Frau sehr wesentlich dadurch erleichtert, daß für genau dieselben Sachen der § 1362 Abs. 2 eine Vermutung zugunsten des

---

Vermutung, daß der Besitzer einer Sache auch der Eigentümer sei, berufen, sondern er muß beweisen, daß der § 1362 II keine Anwendung findet. (Wieruszowski, S. 156, A. 70).

1) Gaupp-Stein, § 808 I. 1.

2) § 847 ff. CPO; vergl. oben S. 55 ff.

3) Bei Schmucksachen und Kleidern, Sportartikeln wird er nicht praktisch werden.

4) Ansicht von Seuffert in den Beiträgen S. 146.

5) Motive IV. S. 166 zu § 1285, Komm.-Bericht, S. 244 zu § 1354.

Eigentums der Frau aufstellt. [1] [2] Der Mann und dessen Gläubiger oder Erben werden hierdurch zur Führung des Gegenbeweises gezwungen und mit Rücksicht hierauf wohl meistens von der Pfändung Abstand nehmen.

Im übrigen steht § 1366 zu § 1362 in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis. Hat z. B. die Frau zur Begründung der Anwendbarkeit des § 1362 Abs. 2 nicht nachweisen können, daß die Sache ausschließlich zu ihrem persönlichen Gebrauch bestimmt ist, so ist zugleich die Vermutung der Vorbehaltsguteigenschaft dadurch zerstört, auch wenn sie noch nachweisen sollte, daß die Fahrnis ihr Eigentum ist, da hiermit nur die Zugehörigkeit zum eingebrachten, nicht aber zum Vorbehaltsgut dargetan werden kann. Es bleibt ihr natürlich vorbehalten, den Beweis auf die §§ 1367—1370 zu stützen. Umgekehrt wird durch eine Widerlegung der Vermutung des § 1362 Abs. 2 zugleich auch der für die Vorbehaltsguteigenschaft bestehende Schein zerstört. [3]

Von mehreren Schriftstellern [4] ist § 1362 II. außerdem noch durch die §§ 1366, 1371 mit § 1435 in Verbindung gebracht worden. Diese behaupten nämlich, der Bestimmung des § 1435, wonach das Vorbehaltsgut zur Wirksamkeit Dritten [5] gegenüber in das Güterrechtsregister eingetragen werden muß, unterlägen nicht die im § 1366 aufgeführten Gegenstände, weil zufolge der Rechtsvermutung des § 1362 in Verbindung mit § 1366 dieselben auch den Gläubigern gegenüber ohne Eintragung Vorbehaltsgut sein. Die Folge dieser Anschauung würde sein, daß der Gläubiger

---

[1]) Zu beachten ist, daß nur in diesen engen Grenzen, die Vermutung des § 1362 II. zu Gunsten der Frau wirkt. Dritten, welche also nicht Gläubiger sind, gegenüber, muß die Frau die Vorbehaltseigenschaft durch die Berufung auf § 1366 und durch den Nachweis ihres Eigentums führen. Sie trägt also die Beweislast, da hier § 1362 nicht zur Anwendung kommt.

[2]) Der § 1366 ist nur zu billigen und entspricht auch der Auffassung des täglichen Lebens, denn der Mann, der in Erfüllung seiner Unterhaltspflicht Frauensachen, z. B. Kleider mit eigenen Mitteln anschafft und der Frau überläßt, wird in der Regel den Willen haben, das Eigentum seiner Frau zu übertragen. Die Anschauung, daß der Mann diese Sachen nur zum Gebrauch der Frau überlassen wolle, vertritt Ullmann, S. 6. Ebenso das Allg. Landrecht. § 316 II. I: „Bei demjenigen, was die Frau an Juwelen, Gold, Silber oder sonst zur Pracht von dem Manne erhalten hat, gilt bei einer erfolgten Absonderung die Vermutung, daß ihr solches nur geliehen war, vergl. Mot. IV. S. 166, auf dem Standpunkt des BGB. steht auch das Oesterreichische Bürgerliche Gesetzbuch, § 1247.

[3]) Wieruszowski II., S. 231.

[4]) Schröder, S. 22. A. 3. Salamonski, S. 51. Lehmann, § 173, Ziff. 7. Meisner, § 1435. 1 d. Fränkel, S. 59.

[5]) Dritten gegenüber in ihrer Eigenschaft als Gläubiger des Ehemannes, da nur diesem gegenüber die Vermutung des § 1362 II. gilt.

des Ehemanns, solange er die Rechtsvermutung des § 1362 nicht widerlegt, die Vorbehaltseigenschaft gegen sich gelten lassen müsse. Nach dem Wortlaut des Gesetzes und nach der Entstehungsgeschichte kann man jedoch nicht daran zweifeln, daß § 1371 als die lex specialis anzusehen ist und hiernach das Vorbehaltsgut der Frau ausnahmslos dem Registrierzwange unterliegt.[1]) Ein Gläubiger braucht deshalb auch hinsichtlich des gesetzlichen Vorbehaltsguts diese Eigenschaft nur dann gegen sich gelten lassen, wenn er sie gekannt hat, oder wenn sie ins Güterregister eingetragen ist. Hat er gewußt, daß eine Sache nach § 1362 II Eigentum der Frau ist, so ist hiermit noch nicht nachgewiesen, daß er die Eigenschaft der Sache als gesetzliches Vorbehaltsgut auch gekannt hat im Sinne des § 1435. Er braucht deshalb aus diesem Grunde sich Einwendungen aus § 1435 noch nicht gefallen zu lassen. Es wird allerdings insbesondere bei dem zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen vielfach Kenntnis des Gläubigers von dieser Eigenschaft anzunehmen sein, aber der Umstand, daß die Rechtsvermutung des § 1362 II auch die Vermutung der Vorbehaltsgutseigenschaft begründet, rechtfertigt noch nicht ohne weiteres die Annahme, daß der Dritte diese gekannt hat (grob fahrlässige Nichtbeachtung ist hier nicht dem wirklichen Kennen gleichgestellt)[2]). Man darf jedoch annehmen,[3]) daß je mehr sich die Normalgüterordnung und § 1366 mit der Zeit ins Rechtsbewußtsein des Volkes einleben, umso unbedenklicher der Richter in einfachen und klaren Fällen folgern darf,[4]) daß der Dritte, der den Tatbestand des § 1366 kennt, sich auch dessen rechtlicher, die Vorbehaltseigenschaft begründenden Bedeutung bewußt geworden ist. Daß § 1435 für die Zwangsvollstreckung dem Gläubiger nicht zur Seite steht, ist bereits oben[5]) dargelegt worden.

Eine andere hiermit noch im Zusammenhang stehende Frage ist die, ob die Frau, welche einen Gläubiger des Mannes mit dem Herausgabeanspruch einer Vorbehaltsgutssache belangt, welche ihr Mann ohne ihr Wissen diesem verkauft hat, die Kenntnis von ihrem Eigentum an dieser Sache diesem Dritten unter Berufung auf ihre Eigentumsvermutung nach § 1362 II entgegenhalten kann, um ihm hierdurch den Schutz des § 932 BGB. zu nehmen. M. E. erstreckt sich nicht soweit dem Gläubiger des Mannes gegenüber der Wirkungskreis des § 1362. Auch wenn das Vorbehaltsgut nach § 1435 registriert ist, kann sich ein Dritter immer noch auf § 932

---

1) Ullmann, S. 27.
2) Staudinger, § 1435. 6 b.
3) Staudinger, § 1435. 6 b. Planck, § 1435. 9. Opet, § 1371. 1 c. Schmidt, § 1371. 2 a. Ullmann, S. 26. Neumann, § 1371. 3.
4) Wieruszowski II., 586.
5) S. 61.

berufen, da die Eintragung keinen vernichtenden Einfluß auf den Schutz dieser Vorschrift und das Nichtvorhandenseins des guten Glaubens hat.[1]) Die Frau muß deshalb nach § 932 dem Dritten nachweisen, daß er wußte oder grobfahrlässig nicht wußte, daß diese Sachen zu ihrem Eigentum gehörten. Auf den § 1362 kann sie sich direkt nicht beziehen. Sie kann sich aber diesen Beweis dadurch erleichtern, daß sie auf die im § 1362 II abgespiegelte Lebensanschauung hinweist, die das persönliche Gebrauchsgut eines Menschen als dessen Eigentum ansieht. Da, wo die Vorbehaltsgutseigenschaft einer Sache für einen verständigen Menschen unverkennbar ist, wird man eine grobfahrlässige Nichtachtung dieser Verkehrsauffassung und damit auch eine solche des Eigentums der Frau sehen und die Berufung des Dritten auf § 932 zurückweisen. Mit diesem Kennenmüssen geht dem Dritten der Schutz aus § 932 Abs. 2 verloren.

Eine dem § 1362 analoge Vorschrift stellt das Gesetz für das Vorbehaltsgut der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht auf; es nimmt vielmehr die Gerade von diesem Gut aus und unterstellt sie dem Gesamtgute, soweit sie nicht durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut eines Ehegatten erklärt, oder von einem Ehegatten nach §§ 1369, 1370 erworben worden ist.[2])

Diese Zugehörigkeit zum Gesamtgut muß aus den §§ 1438, 1440, 1477 II BGB. gefolgert werden. Die Gläubiger des Mannes können also Befriedigung aus der Frauengerade verlangen. Dagegen können die Gläubiger der Frau nicht auf § 1362 II sich berufen, es sei denn, daß sie beweisen, daß die fragliche Frauensache, welche sie pfänden wollen, Vorbehaltsgut der Frau ist.

Wie den Gläubigern gegenüber, so äußert § 1438 BGB. unter den Ehegatten seine Wirksamkeit. Ist unter ihnen zweifelhaft, ob ein von der Frau getragener Schmuck Eigentum des Mannes oder der Frau ist, so muß letztere zur Entkräftung der für das Eigentum des Mannes sprechende Vermutung des § 1438 beweisen, daß er nicht zum Gesamtgut gehört.[3]) Erst dann äußert der § 1362 II seine Wirksamkeit, sodaß der die Zugehörigkeit zu seinem Vorbehaltsguts behauptende Mann den Gegenbeweis gegen den § 1362 II führen muß.[4])

Der § 1362 II tritt gegenüber dem § 1440 zurück, da letztere Vorschrift als eine spezielle güterrechtliche Norm gegenüber der lex generalis des § 1362 II angesehen werden muß. Steht aber fest, daß die Frauengerade nicht zum Gesamtgut gehört, so äußert der § 1362 II seine Geltung, d. h. es bedarf eines weiteren Beweises für das Eigentum der Frau nicht mehr. Praktisch tritt dieser

---

[1]) Wieruszowski II., 586. Ullmann, S. 28
[2]) § 1440 BGB.
[3]) Staudinger, § 1438. 2 d.
[4]) Anderer Ansicht, Beckh., S. 241.

Wirkungskreis der beiden genannten §§ für die Frau bei der Auseinandersetzung der Allg. Gütergemeinschaft zu Tage. Nach § 1474 BGB. kann hier die Frau ihre Gerade nur gegen Ersatz des Wertes herausverlangen. Will sie diese ohne Wertersatz herausbegehren, so muß sie zunächst beweisen, daß sie nicht zum Gesamtgut gehört, und hat erst dann die Vermutung des § 1362 II auf ihrer Seite.

Auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft kann die Gerade zum eingebrachten Gut gehören, nämlich dann, wenn die Frau sie mit in die Ehe gebracht hat, oder von ihr später nach §§ 1520—24 erworben worden ist,[1]) oder zum Vorbehaltsgut (§ 1526) oder zum Gesamtgut.[2]) Für die Zugehörigkeit zum eingebrachten Gut oder zum Vorbehaltsgut muß die Frau zunächst den Beweis erbringen, denn nach der im § 1527 BGB. ausgesprochenen Vermutung, die sowohl im Verhältnis der Ehegatten zueinander als auch im Verhältnis zu ihren Gläubigern gilt, wird das vorhandene Vermögen als Gesamtgut angesehen. Die Frau muß also hier zunächst beweisen, daß ihre Gerade nicht Gesamtgut ist, und kann sich erst dann auf den § 1362 II stützen. Praktisch wichtig kann diese Beweislastverteilung bei der Auseinandersetzung der Errungenschafts-G. sein. Will die Frau ihre Gerade ohne Wertersatz heraushaben, so muß sie die Nichtgeltung des § 1527 und die Geltung des § 1362 II beweisen.

Gläubiger der Frau, welche den Nachweis erbringen, daß die zu pfändende Gerade eingebrachtes Gut ist, können die Zwangsvollstreckung nur dann vornehmen lassen, wenn die Frau zur Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist.[3]) Gelingt den Gläubigern der Beweis, daß die Gerade Vorbehaltsgut ist, so genügt ein vollstreckbarer Titel gegen die Frau. Gehört die Gerade, wie gewöhnlich, zum Gesamtgut, so muß der Gläubiger nach § 1530 II und § 740 CPO. vorgehen, wenn ihm der Beweis, daß das Gesamtgut ausnahmsweise für seine Forderung nach den §§ 1531—34 haftet, geglückt ist.[4]) [5])

---

[1]) § 1525 BGB.

[2]) die zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen bilden auch hier kein gesetzliches Vorbehaltsgut der Frau.

[3]) § 739 CPO.

[4]) Staudinger, § 1527. 7. Beckh, S. 242.

[5]) Wir sehen also, daß auch den Gläubigern der Frau, die keinen gegen den Ehemann gerichteten Schuldtitel haben, die Vermutung des § 1527 in der Regel ungünstig ist. Der Nachweis, daß das gepfändete Geradestück nicht zum Gesamtgut gehört, genügt nicht. Es muß vielmehr bei der Verschiedenartigkeit der Zwangsvollstreckung der Gläubiger noch nachweisen, daß es zu ihrem Vorbehaltsgut gehört, oder zu ihrem eingebrachten Gut.

Für die Gläubiger des Mannes ist es gleichgültig, ob die Sachen zum eingebrachten oder Vorbehaltsgut der Frau gehören, denn in beiden Fällen können sie nicht sich an die Sondergüter zur Be-

Bei der Fahrnisgemeinschaft gehört die Gerade zum Gesamtgut; es finden deshalb die für die allgemeine Gütergemeinschaft aufgestellten Sätze entsprechende Anwendung, da die F. G. ihr in Ansehung des beweglichen Vermögens völlig gleich steht.

Die Rechtsvermutung des § 1362 II endigt, wie die des Abs. 1 mit der Auflösung der Ehe; doch kann, falls die Voraussetzungen der Vermutung während der Ehe gegeben waren, diese nach Auflösung der Ehe von der Frau oder ihren Erben gegen den Mann und dessen Erben geltend gemacht werden.

Bezüglich der dispositiven Natur des § 1362 II und der einzelnen der Frau zustehenden Beweismittel (z. B. Vermögensverzeichnis, Ehevertrag), aus welchem die Bestimmung der Frauengerade hervorgehen kann und welche namentlich im Verhältnis der Ehegatten zu einander Bedeutung haben, wird auf die am Schluß des vorigen Abschnittes [1]) gemachten Ausführungen verwiesen.

3. Kritik des § 1362.

„Es läßt sich nicht verkennen", sagt Endemann (Familienrecht Seite 301. A. 54), „daß das Gesetz die Ehefrau mehrfach in eine ungünstige Rechtslage verweist, welche der heutigen Anschauung und dem tatsächlichen Verhältnis nicht mehr entspricht." Ebenso kritisiert Neustadt (Seite 519 ff.) die Vermutung abfällig, er ruft der Ehefrau zu „Sei im Besitze und dein Mann ist im Recht" (Seite 522). Es ist diesen Angriffen gegenüber zuzugeben, daß der § 1362 I die Kreditfähigkeit des Mannes auf Kosten des Vermögens seiner Ehefrau steigert. Wenn man aber den Zweck, welchen der § 1362 I verfolgt, nämlich den Schutz der Gläubiger des Ehemannes gegen absichtliche ihnen nachteilige Vermögensverschiebungen unter den Ehegatten berücksichtigt, so konnte dieses Schutzbedürfnis vor dem Mobiliarvermögen der Ehefrau aus den in der Einleitung angegebenen Gründen nicht Halt machen.

Auf dem Gebiete des § 1362 II wird dem Gesetzgeber vorgeworfen, die Vermutung, daß das von der Ehefrau geleitete Erwerbsgeschäft Eigentum des Ehemannes sei, widerspreche den tatsächlichen Verhältnissen und stehe im schneidenden Gegensatze

---

friedigung halten. — Ist aber der Mann Gegner der Frau im Prozeß, in welchem die Frau während Bestehens der Gemeinschaft eine zu ihrem persönlichen Gebrauch bestimmte Sache herausverlangt, so ist es für den Mann nicht gleich, ob die Sachen Bestandteile des eingebrachten oder Vorbehaltsguts der Frau sind, da im ersteren Falle er sie nach § 1525 und § 1372 in seinem Besitz behalten kann, im anderen Fall auf Verlangen herausgeben muß.

1) S. 65 ff.

zu der heutigen Anschauung. Insoweit enthalte der Abs. II eine Unnatürlichkeit. (Neustadt a. a. O.) Demgegenüber muß man betonen, daß gerade das Erwerbsgeschäft der Frau in erhöhtem Maße zu unlauteren Manipulationen seitens des Mannes benutzt werden kann. Es sind da namentlich die Fälle zu erwähnen, wo der Ehemann kurz vor dem finanziellen Zusammenbruch das Geschäft auf seine Frau überträgt und dadurch, daß er selbst als Geschäftsführer weiter tätig bleibt, die Gelegenheit benutzt, sich seinen Kredit seinen Gläubigern gegenüber, die nichts von der erfolgten Schiebung wissen, zu erhalten. Haben die Gläubiger des Mannes Grund zur Vermutung, daß diese Schiebung zu ihrer Benachteiligung getroffen worden ist, so muß doch ihnen ein Mittel zur Seite stehen, an das Warenlager und das Geschäft der Frau Hand anzulegen und diese zum Eigentumsbeweise zu nötigen. Für diese Zwecke ist den Gläubigern die Vermutung des Abs. I gegeben worden. Die leichte Möglichkeit, durch Vorlegung der Geschäftsbücher den Gegenbeweis gegen diese Vermutung zu führen, wird den Gläubiger unter normalen Verhältnissen davon abhalten, unter Berufung auf § 1362 I gegen das von der Ehefrau geführte Geschäft vorzugehen. Die Praxis wird den § 1362 I nur bei zu vermutenden Betrügereien und bei Verschleierung der Vermögensverhältnisse unter den Ehegatten zur Anwendung bringen, um beim Beweis des Eigentums an den Gegenständen des Geschäfts seitens der Frau die hierbei etwa sich ergebenden Schiebungen auf Grund des Anfechtungsgesetzes zur Anfechtung bringen zu können. Dadurch verlieren die angeführten Bedenken sehr an Bedeutung. Es ist deshalb nicht notwendig, wie Dernburg (siehe oben S. 81) es will, das Erwerbsgeschäft der Frau als Frauengerade dem § 1362 II zu unterstellen, um hierdurch das Gesetz mit der Lebensauffassung in Einklang zu bringen und das Geschäft den Angriffen der Gläubiger des Mannes bis zur Führung des Gegenbeweises zu entziehen.

II. Die Vermutung des § 45 KO. in ihrem Verhältnis zum § 1362 B.G.B.[1])

Schon vor dem Inkrafttreten des BGB. waren die Gläubiger des Mannes gegen die Gefahren der Verschleierung der Vermögensverhältnisse unter den Ehegatten gesichert durch eine weit durchgreifendere Sicherungsmaßregel, als sie die Praesumtio Muciana

---

[1]) von den Kommentaren der KO. gehen nur Jäger und Wolff näher auf dieses Verhältnis ein. von Sarwey-Bossert, Petersen und Wilmowski behandeln diese Frage nur mit einigen Worten.

bot. Diese Schutzmaßregel ist in der K. O. vom 10. Februar 1877 im § 37 aufgestellt worden. Sie war nötig trotz der Pr. M., weil der Ehemann seinen Gläubigern nicht Geldmittel entziehen darf, um dadurch seiner Frau Vermögen zu verschaffen. Die Frau soll den tatsächlichen Vorteil, welchen sie um deswillen genießt, weil der Vorgang beim Erwerb von Gegenständen nicht ohne weiteres ersichtlich ist und eben deshalb eine Begünstigung der Frau seitens des Mannes außerordentlich leicht möglich ist, nicht zu Ungunsten seiner Gläubiger ausbeuten dürfen. Deshalb bestimmt der § 45 der K. O. in der neuen Fassung:

> Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

Bei den Beratungen zu den Entwürfen des BGB. ist bei dem jetzigen § 1362 besonders die Frage behandelt worden, welche Stellung der § 37 (jetzt 45) K. O. zum § 1362 einnehmen soll. Bei der Ungleichheit der rechtlichen Stellung des Konkursgläubigers und des gewöhnlichen Gläubigers versuchte man in verschiedenen Anträgen, wie sich den Motiven, Protokollen und dem Bericht der R. T. K.[1]) ergibt, den § 37 auch außerhalb des Konkurses den Gläubigern in geeigneter Weise dadurch zu gewähren, daß man den in seiner unklaren Fassung verdeutlichten § 37 an Stelle der Pr. M. setzte. Man nahm jedoch unter Ablehnung der Anträge davon Abstand, weil ein dringendes praktisches Bedürfnis zur Ausdehnung des § 37 über den Fall des Konkurses nicht vorliege, wie ja auch dem Partikularrechten eine solche weitgehende Ausdehnung fremd wäre. In den Kommissionsberatungen der 2. Lesung[1]) wurde ein anderer Antrag dahingehend eingebracht, die Grundsätze des § 37 auch außerhalb des Konkurses dann anzuwenden, wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Mannes erfolglos geblieben oder aussichtslos sei. Der Antrag wurde von der Mehrheit aber aus denselben Gründen abgelehnt.

Die beiden erwähnten §§ 1362 und 45 haben manche gemeinsame Voraussetzung, ihr Inhalt deckt sich fast. Doch kann man auch Abweichungen konstatieren. Vor allem ist in § 45 K. O.[2]) das Besitzverhältnis, welches für die Anwendung des § 1362 eine große Rolle spielt, außer acht gelassen. Noch mehrere andere Abweichungen sind vorhanden. Es fragt sich deshalb: Wie

---

1) Motive IV, S. 129. Protokolle IV, S. 113. Bericht zu § 1345 a, S. 106.

2) Vorbild für den § 37 KO. war der Art. 559 des Code de commerce von 1807, wonach vermutet wird: que les biens acquis par la femme du failli appartiennent â son mari, ont été payés de ses derniers et doivent être réunis â la masse de son actif, sauf â la femme â fournir la preuve du contraire.

sind beide Bestimmungen im Konkurse gegeneinander abzugrenzen, wie ist ihr Geltungsbereich? Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir erst in Kürze auf den Inhalt des § 45 K.O. näher eingehen. Weiter unten wird sodann das Verhältnis der beiden §§ zu einander erörtert werden.

Der § 45 behandelt das Absonderungsrecht der Ehefrau im Konkurse des Mannes. Wie jedem Berechtigten, so steht auch der Frau ein Aussonderungsanspruch aus der Masse des Gemeinschuldners zu. Welche Stücke ihres Vermögens sie aussondern kann, entscheidet sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, ist also je nach den verschiedenen Güterständen verschieden. Bei dem gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung kann sie ihr gesamtes Vermögen, sowohl eingebrachtes, wie Vorbehaltsgut aussondern. Dasselbe ist bei der Gütertrennung der Fall. Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft mit ihren beiden Abarten der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft dagegen kann sie, da das Gesamtgut, für dessen Zugehörigkeit bezüglich des vorhandenen Vermögens eine Vermutung gilt, im Konkurse des Mannes zur Konkursmasse gehört, (K.O. § 2) ein Absonderungsrecht nur für ihr Vorbehalts- bezw. ihr eingebrachtes Gut geltend machen.[1]) Der Umfang der Aussonderung ist ferner verschieden je nach der Zeit, in welcher sie die einzelnen Gegenstände erworben hat. Auf diesen Punkt geht § 45 K.O. genauer ein. Er enthält wie der § 1362 BGB. zwei Rechtssätze: einmal einen materiellen, den wir dahin formulieren können: Zugunsten der Konkursgläubiger des Mannes wird vermutet, daß alles Vermögen der Frau, das sie während der Ehe mit Mitteln des Mannes erworben hat, Eigentum des Mannes ist; daher fällt es in die Konkursmasse. Ferner haben wir einen prozessualen Satz, der sich aus dem ersten Satz folgern läßt und die Beweislast regelt: Die Frau hat darzulegen, aus welchen Mitteln der Erwerb für sie geschah.

Betrachten wir zunächst den materiellrechtlichen, eine Vermutung enthaltenden Satz. Es fällt uns zunächst sein größerer Geltungsbereich gegenüber dem § 1362 auf; während letzterer nur von Sachen redet, fallen unter § 45 in Anlehnung an die Pr. M. alle Vermögenswerte, Sachen wie Rechte. Daher ist auch das Besitzerfordernis weggefallen. Weiterhin ist der Begriff mit Mitteln des Mannes zu erörtern. Die Auslegung dieser Worte hat von jeher Schwierigkeiten gemacht. Auch jetzt geht man noch in manchen Einzelheiten in der Literatur auseinander. Der Be-

---

[1]) §§ 1439—1441; §§ 1519—1528, 1543, 1545; 1549—55. BGB.

griff „Mittel" ist kein juristischer, sondern ein wirtschaftlicher.[1] Er bedeutet alle wirtschaftlich verwertbaren Vermögensgegenstände, welche im Verhältnis der Ehegatten zu einander als Vermögen des Mannes zu gelten haben. Ein von der Frau erworbener Gegenstand ist also dann mit Mitteln des Mannes erworben, wenn er aus seinem Vermögen herrührt oder demselben zukommt, und zwar muß der Erwerb so geschehen sein, daß eine ursächliche, nachweisbare Vermögensverschiebung zuungunsten des Mannes eingetreten ist. Der Erwerb muß durch die Ehefrau auf Grund eines mit einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäftes erfolgt sein.[2] Eine Vermögensverminderung ist nach der überwiegenden Ansicht[3] dann nicht anzunehmen, wenn der Mann kraft Gesetzes[4] oder Rechtsgeschäfts[5] zur Tragung der Verbindlichkeit und hiermit zur Verminderung seines Vermögens zugunsten seiner Ehefrau verpflichtet war. Da die Frau mit einem Dritten den Vertrag abgeschlossen haben muß, scheidet der Erwerb der Frau aus Rechtsgeschäften, welche sie mit ihrem Ehemann abgeschlossen hat, aus; hat der Mann seiner Frau etwas geschenkt oder mit einem Dritten zugunsten seiner Frau ein Erwerbsgeschäft abgeschlossen, so ist die mit dem Erwerb des Gegenstands seitens der Frau eingetretene Verminderung des Vermögens des Mannes nicht das Mittel gewesen, um die Sache zu erwerben. Die Frau hat den vom Manne geschenkten Gegenstand aus seinem Vermögen, aber nicht mit seinen Vermögensmitteln erworben. Schließt aber die Frau selbst oder durch ihren Stellvertreter mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft ab und stammt der Entgelt, den sie gibt, aus dem Vermögen des Mannes, so liegt § 45 vor.

Die Frau kommt also nur zu einem unter § 45 fallenden Mittel des Mannes, wenn es auf dem Wege der ungerechtfertigten Be-

---

1) Er war der damaligen Rechtssprache fremd, er ist die Uebersetzung des französischen „derniers". Im BGB. findet sich der Ausdruck im § 1381. — Zu den Mitteln im Sinne des § 45 gehören auch die Einkünfte des Vermögens des Mannes aus seiner Nutznießung an Vermögensmassen der Frau, (vergl. § 1383) oder der Beitragspflicht der Frau (§ 1427). Jäger, § 45. A. 7. Wilmowski, No. 10.

2) „wenn die mit dessen Erwerbung eingetretene Verminderung des Vermögens des Gemeinschuldners das Mittel war, um die Sache zu erwerben". Sarwey, § 45, No. 7.

3) Jäger, No. 9, 11. Kohler, S. 186. Dernburg, Familienrecht, S. 118. Abweichend Cosack, § 281, Note 13.

4) z. B. durch Gewährung des standesmäßigen Unterhalts (§§ 1360, 1377). Jäger, No. 7.

5) z. B. Schenkung, Kauf, Versicherungsvertrag zugunsten der Frau. Gibt der Mann Geld zu Anschaffungen, so fallen die hiermit gekauften Gegenstände nicht unter § 45, denn die Frau hat mit ihren, wenn auch aus dem Vermögen des Mannes herrührenden Mitteln die Sachen gekauft. Diese Rechtsgeschäfte unterliegen nur eventuell dem konkursrechtlichen Anfechtungsrecht.

reicherung oder einer unerlaubten Handlung sich in ihrem Vermögen angesammelt hat. [1]) Würde man mehr in die Konkursmasse ziehen wollen, so würde diese dadurch ungerechtfertigt bereichert und den Gläubigern des Gemeinschuldners ein Recht auf Vermögensmassen gegeben, die ihrem Eingriffe vor dem Konkurse nicht unterstanden. Eine solche Absicht hat dem Gesetzgeber ferngelegen. Nach § 45 sollen nur solche Gegenstände des Vermögens der Frau ihrem Aussonderungsrecht unterliegen, welche einen rechtlichen Mangel bezüglich ihres Erwerbs zeigen. Ein an sich zivilrechtlich gültiger Erwerb fällt nicht unter § 45 KOO., höchstens unter das Anfechtungsrecht der §§ 29, 30 ff. KO. Das Geltungsgebiet des § 45 muß eng begrenzt werden, will man es nicht mit dem Anfechtungsrecht zusammenwerfen. [2]) [3])

Das Recht, tatsächlich zum Vermögen der Frau gehörende Gegenstände in die Masse zu ziehen, ist begründet, in der bei Nichtführung des Beweises erfolgenden Unterstellung, der prozessualen Seite des § 45 KO., auf welche wir jetzt noch näher eingehen wollen.

Die Frau hat zu beweisen, daß der Erwerb nicht aus dem Vermögen des Mannes erfolgt ist. Vorbedingung ist aber, damit ihr diese Beweislast obliegt, die Feststellung, daß der Erwerb während der Ehe erfolgt ist. [4]) Die Frage aber, ob der Konkursverwalter den Erwerb während der Ehe, oder die Frau den Erwerb vor der Ehe nachweisen muß, ist sehr bestritten. Die Lösung hängt einerseits von der Auffassung der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters, andererseits von dem Verhältnis des § 1362 zum § 45 ab. Aus § 45 selbst läßt sich eine Vermutung für den Erwerb während der Ehe und hiermit eine diesbezügliche Verteilung der Beweislast nicht gewinnen. [5]) Nach den allgemeinen Beweislastregeln muß den Eintritt der Vermutung

---

[1]) Jäger, § 45, No. 9, 11.

[2]) von Sarwey, § 37, No. 7. v. Wilmowski, S. 230, Jäger, No. 9. ERG. Bd. 14, S. 21. Das Rechtsgeschäft muß vollgültig sein; war es z. B. wegen Mangels der Ernstlichkeit als Scheingeschäft nichtig, so ist die Sache nicht aus dem Vermögen des Mannes herausgekommen. In einem solchen Falle kommt § 45 zur Anwendung. Sarwey, No. 6.

[3]) Beispiel: Die Frau hat den Gewinn aus einem von ihr selbständig betriebenen, zu ihrem Vorbehaltsgut nach § 1367 BGB. gehörenden Handelsgeschäft nicht an den Mann abgeführt, der darauf nach § 1383 BGB. ein Recht hatte, sondern ihn in Aktien angelegt oder zum Ankauf einer Wohnungseinrichtung verwendet. In diesen Fällen kann der K.-Verwalter alle Gegenstände nach § 45 KO. zur Masse ziehen

[4]) Die Kommentare zur KO. behandeln diese Frage außer Jäger nicht

[5]) Ansicht von Sarwey, § 37, No. 5, 8. Rocholl, S. 98. Willenbücher, S. 98. Schmidt-Habicht, S. 178.

derjenige beweisen, welcher das Vorliegen der Tatsachen, aus welchem er das beanspruchte Recht herleiten will, also hier das Inkrafttreten der Vermutung für sich in Anspruch nimmt. In unserem Fall muß also der Verwalter den Erwerb während der Ehe immer nachweisen. Wollte man der Frau diesen Nachweis, daß sie den Erwerb vor der Ehe gemacht hat, aufbürden, so hätte der Gesetzgeber dieses durch eine andere Fassung des § 45 sicher zum Ausdruck gebracht. Die Fassung des § 45 KO. gestattet nur die zuerst erwähnte Ansicht.[1])

Dem Konkursverwalter wird es bei dem Mangel jeglichen Beweismaterials nicht leicht gelingen, den Beweis, daß die Frau den Gegenstand während der Ehe erworben hat, zu führen; und zwar wird er die Erschwerung besonders empfinden, wenn er gegen die Frau auf Herausgabe eines in ihrem Alleinbesitz befindlichen Gegenstandes klagen will. In dem anderen Fall, wo er als Beklagter von der Frau auf Aussonderung belangt wird, wird er diese Beweislastverteilung weniger störend empfinden. Die Frau muß hier nämlich zuerst nachweisen, daß sie Eigentümerin der auszusondernden Sachen ist. Zu diesem Zweck wird sie die näheren Umstände des Eigentumserwerbs darlegen müssen, aus welchen man auf ihr Eigentum schließen kann. Stellt sich hierbei heraus, daß die Sachen vor der Ehe erworben worden sind, so ist der Konkursverwalter zur Herausgabe verpflichtet. Der § 45 kommt hier nicht in Betracht. Wird aber die Entdeckung gemacht,[2]) daß die Frau den Erwerb während der Ehe gemacht hat, so muß sie nachweisen, daß der Erwerb nicht mit Mitteln des Mannes erfolgt ist. Der Konkursverwalter ist demnach in diesen Fällen nur tatsächlich nicht gezwungen, den Erwerb während der Ehe nachzuweisen, da die Erwerbszeit in den weitaus meisten Fällen bei dem Nachweis ihres Eigentums dargelegt werden muß. Praktisch wird also die Beweislastverteilung nur in dem eben zuerst erwähnten Falle, wo der K. V. gegen die Frau auf Herausgabe der in ihrem Alleinbesitz befindlichen Sachen klagt. Hier müßte an sich der K. V. nachweisen, daß die Ehefrau die fraglichen Sachen während der Ehe erworben hat. Dieser von ihm schwer zu führende Nachweis würde ihm dann erleichtert werden, wenn er sich die Vermutung des § 1362 I zunutze machen könnte. Es würde die Möglich-

---

[1]) Herrschende Ansicht, vertreten von Jäger, § 45, No. 15. Staudinger, § 1362, No. 7. Planck, fr. 8. Dernburg IV., § 36 IV. Wieruszowski I., S. 166, 167.

[2]) Die Frau muß eventuell durch Aufdeckung aller Rechtsgeschäfte vom ersten Erwerb der Mittel bis zum Erwerb der vindizierten Sachen darlegen, daß sie Eigentümerin der Sachen ist. Auf die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB. kann sie sich nicht berufen, da § 1362 I BGB. zugunsten des Konkursverwalters gilt (vergl. unten).

lichkeit der Anwendung dieses § für den K. V. von großem Vorteil sein, da er dann zunächst jede Sache zur Masse ziehen könnte, bis die Frau ihrerseits nachgewiesen hat, daß sie die Sache entweder vor der Ehe, oder nicht mit Mitteln des Mannes während der Ehe erworben hat.[1]) Die Beantwortung der Frage, ob auch der K. V. diese Vermutung, welche nach ihrem Wortlaut nur „zugunsten der Gläubiger des Mannes" gilt, zu seinem Zwecke geltend machen kann, hängt ausschließlich von dem Standpunkt ab, den man zu der bekannten Streitfrage über die rechtliche Stellung des K. V. vertritt. Nimmt man an, — ein tieferes Eingehen auf diese Streitfrage ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, — daß der K. V. Vertreter des Gemeinschuldners[2]) ist, so muß man die Frage verneinen, da zu dessen Gunsten die Vermutung nicht aufgestellt worden ist. Andererseits muß man unbedingt die Frage bejahen, wenn man die entgegengesetzte Ansicht, daß der K. V. Vertreter der Gläubigerschaft[3]) ist, verficht. Vertritt man die jetzt in der Praxis herrschende Meinung, wonach der Verwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Konkurses ist, das seine Ermächtigung zur Ausübung der ihm übertragenen Rechte und Pflichten unmittelbar dem Gesetz entnimmt,[4]) so muß man ihm ebenfalls die Anwendung des § 1362 gestatten; denn er kann die Rechte der Gläubiger pflichtgemäß nur dann voll und ganz vertreten, wenn ihm die diesen zustehende Vermutung auch zustatten kommt. Er würde seine Amtspflicht als Verwalter nicht ganz ausfüllen können, wenn ihm nicht der Zugriff zu Sachen, welche seinen Gläubigern zur Befriedigung ausgeliefert werden müssen, gestattet werden könnte. Es liegt daher sowohl im Interesse der Gläubiger und ist auch juristisch unbedenklich, wenn man dem K. V. als ihrem amtlichen Vertreter die rechtliche Stellung gibt, welche die Gläubiger vor der Eröffnung des Konkurses auf Grund des § 1362 einnahmen.

Der K. V. kann demnach alle Gegenstände mit Ausnahme des Frauengeräts zur Masse ziehen, bis die Frau ihr Eigentum an denselben nachweist.[5]) Ist ihr dieses gegenüber dem § 1362

---

1) Falkenstein, S. 77.
2) siehe die bei Wilmowski, S. 25 und Jäger, § 6. A. 3 angeführten zahlreichen Schriftsteller. (Vertreter sind Petersen-Kleinfeller, Wilmowski, Fitting, Fuchs.)
3) Stellung der Preußischen KO., § 4; ferner vertreten diese Ansicht Kohler, Seuffert und Planck nach Jäger, § 6. 2 bß.
4) ERG. Bd. 29, S. 29 ff, Jäger, § 6, No. 5, Gaupp-Stein, Vorbem. Ic zu Buch I, Abschnitt 2, Sarwey-Bossert, § 6, No. 5, und die Kommentare zum BGB., § 1362.
5) Reichsgericht, BGB., § 1362. 2; RG. in Gruchot Archiv, Bd. 47, S. 910.

gelungen, [1]) so muß jetzt der K. V. nachweisen, daß sie die Gegenstände während der Ehe erworben hat, da der K. V. nach der allgemeinen Beweislastregel für seine Berufung auf § 45 die Beweispflicht hat. Demgegenüber hat die Frau nachzuweisen, daß sie die Gegenstände nicht mit Mitteln ihres Mannes erworben hat. [2])

Die Widerlegung des § 1362 genügt für die Konkursmasse nur, wenn die Herausgabe eines schon vor der Ehe erworbenen Gegenstandes beansprucht wird.

Wie bereits oben erwähnt, muß die Frau bei der Führung des Beweises bezüglich ihres Eigentums den Erwerbsgrund und die Zeit aufdecken. Dadurch ermöglicht sie dem K. V., von dem Nachweis, daß sie die fraglichen Gegenstände während der Ehe erworben hat, Abstand zu nehmen. In den meisten Fällen wird also die Berufung auf § 1362 I. für den K. V. den Vorteil haben, daß er die Frau zum Nachweis des ihr Eigentum begründenden Erwerbsgrundes zwingt und die dadurch ermöglichte Aufdeckung der Erwerbszeit den Nachweis, daß § 45 Anwendung findet, sich bedeutend erleichtert. Andererseits ist es wieder für die Frau günstig, hierdurch zugleich den vorehelichen Erwerb zu beweisen, um damit dem Verwalter die Berufung auf § 45 zu nehmen.

Aus vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß beide Vermutungen der §§ 1362 und 45 in einem engen Zusammenhang stehen, daß sie sich gegenseitig ergänzen und dadurch die Rechtsstellung des K. V. sehr stützen. Der § 1362 bildet jetzt das Hauptangriffsmittel des K. V. Es ist demnach nicht richtig, wenn einerseits behauptet wird, die Vermutung des § 45 sei angesichts des § 1362 den Gläubigern gegenüber ganz überflüssig, [3]) und andererseits umgekehrt der § 1362 I. durch die Vermutung des § 45 für den Konkurs für entbehrlich gehalten wird. [4]) Die Vermutung des § 1362 ist für den Konkursverwalter unentbehrlich, da er den Nachweis bezüglich der Erwerbszeit liefern muß. [5])

Die Aufdeckung des Erwerbsgrundes durch die Frau wird schließlich dem Konkursverwalter oft das Mittel in die Hand

---

[1]) Eine Verpflichtung der Frau, dem K. V. ein Verzeichnis der in ihrem Besitz befindlichen Sachen vorzulegen, läßt sich aus § 1362 nicht herleiten. (ERG. Bd. 69, S. 651).

[2]) was sie dartut durch den Beweis, daß sie den Erwerb durch einen Dritten mit ihren Mitteln oder durch ein Rechtsgeschäft mit ihrem Manne erworben hat oder die Mittel vor oder nach der Konkurseröffnung dem Vermögen des Mannes wieder erstattet hat.

[3]) Rocholl S., 98.

[4]) Planck, § 1362. 8.

[5]) Staudinger, § 1362, No. 7. Opet, § 1362. 3e. Dernburg, Pr. Privatrecht, S. 94. Motive IV, S. 130.

geben, die Rechtmäßigkeit und eventuelle Anfechtbarkeit des zugrunde liegenden Vertrages zu prüfen.

Die Frau wird mithin kaum einen Gegenstand aussondern können, welcher in irgend einer Beziehung nach den Normen des bürgerlichen und Konkursrechts anfechtbar ist.

Wir müssen noch auf das Verhältnis § 1362 II. zu § 45 eingehen. Es handelt sich hier um die Beantwortung der Frage, ob die zugunsten der Frau in Ansehung ihres Frauengeräts sprechende Vermutung die Befreiung von der Vermutung des § 45 zufolge hat. Die Frage ist zu verneinen. Steht fest, daß die Frau die Gerade während der Ehe erworben hat, so kann sie sich auf die Eigentumspräsumtion des § 1362 II. nicht berufen. Es greift § 45 KO. ein, demgegenüber sie den Gegenbeweis im Sinne des § 45 führen muß. Für die Frau liegt aber ein bedeutender Vorteil darin, daß der Beweis, daß die Erwerbszeit der Gerade in die Ehe fällt, dem Konkursverwalter obliegt; dieser aber wird den Nachweis nicht leicht liefern können, da ihm hier die Vermutung des § 1362 I. nicht zur Seite steht und ihm deshalb auch Anhaltspunkte für die Erwerbszeit beim Wegfall des Eigentumsbeweises der Frau nicht bekannt sei. Gestützt auf die Vermutung des § 1362 I. kann die Frau so lange ihre Gerade aussondern, bis der Konkursverwalter den Nachweis, daß sie nicht Eigentümerin der Sache ist, oder daß sie diese erst während der Ehe erworben hat, und hiermit den des Eingreifens des § 45 KO. geführt hat.[1]) Ist dieser Nachweis aber gelungen, so absorbiert die Vermutung des § 45 diejenige des § 1362 II. und nötigt die Frau zum Beweise, daß ein Erwerb nicht mit Mitteln des Mannes erfolgt ist.[2]) [3])

Im Konkurse einer Ehefrau gilt der § 45 KO. nicht. Lassen sich Gläubiger des Ehemannes auf Grund des § 1362 I. dessen Aussonderungsanspruch nach Pfändung gemäß § 846 CPO. überweisen, so hat der Verwalter dann die Beweislast für das Eigentum der Gemeinschuldnerin.[4])

Es ist noch das Verhältnis des § 45 KO. zu einigen speziellen Bestimmungen der verschiedenen Güterrechtsarten zu erörtern. In jedem Güterrecht können Gegenstände, welche vom Manne erworben worden sind, in Sondergutsmassen der Frau fallen.

---

[1]) Jäger, § 45. 6. Wieruszowski, S. 176. A. 99.
[2]) A. A. Schmidt-Habicht, S. 176.
[3]) Haben Gläubiger der Frau sich den Anspruch der Frau auf Herausgabe (§ 1362 II) pfänden und überweisen lassen, und bricht nun der Konkurs aus, so muß der K. V., auch wenn feststeht, daß ein ehezeitlicher Erwerb der Sachen seitens der Frau vorliegt, dennoch die Vermutung des § 1362 II widerlegen, da der § 45 KO. schon vor der Konkurseröffnung erworbenen Rechte nicht in Frage stellen kann. (Wieruszowski I, S. 168).
[4]) Motive zur KO., S. 185 (Hahn, S. 182).

Das ist der Fall beim Haushaltungsgerät, aber auch häufig für anderes Gut. (§§ 1363 II., 1370, 1440, 1524, 1525, 1549, 1554 etc.)

Hauptsächlich wird der § 45 KO. seine Anwendung im gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung finden. Bei dem Güterstand der Allgemeinen Gütergemeinschaft der Errungenschafts und Fahrnisgemeinschaft gehört nämlich nach § 2 KO. das Gesamtgut zur Konkursmasse. Die Frau kann daher hinsichtlich der zum Gesamtgut gehörenden Gegenstände die Aussonderung überhaupt nicht beanspruchen. Will sie einen Gegenstand ihres vorbehaltenen oder eingebrachten Vermögens aussondern, so liegt ihr infolge der in den §§ 1438, 1527, 1549 BGB. ausgesprochenen Vermutungen der Beweis ihres Eigentums ob. Nur auf diese Gütermassen kann deshalb der § 1362 und § 45 KO. Anwendung finden.

Hat bei dem gesetzlichen Güterstand der V. und N. der Mann an Stelle[1]) der von der Frau eingebrachten, nicht mehr vorhandenen oder wertlos gewordenen Haushaltungsgegenstände neue angeschafft, so werden diese kraft des in § 1382 BGB. ausgesprochenen Surrogationsprinzips unter allen Umständen[2]) eingebrachtes Gut der Frau, auch wenn der Mann aus seinen Mitteln die Anschaffung gemacht hat. Nimmt der K. V. diese Gegenstände nach § 1362 für die Masse in Besitz, so muß die Frau zum Beweise ihres Aussonderungsrechts die erfolgte Surrogation für die früheren eingebrachten Stücke und ihr Eigentum an diesen beweisen. Liegt ihr auch der weitere Gegenbeweis gegen den § 45 KO. ob? Findet dieser überhaupt Anwendung? Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen. Wenn man von dem hier vertretenen Grundsatz,[3]) daß der § 45 dahin auszulegen ist, daß ein von der Frau selbst abgeschlossenes Rechtsgeschäft vorliegen muß, so kann man ihn nicht auf den § 1382 anwenden, da dieser ausdrücklich von einer seitens des Mannes erfolgten Anschaffung der Haushaltungsgegenstände spricht. Ein von dem Manne abgeschlossenes Rechtsgeschäft, welches nach § 1382 den Eigentumserwerb seitens der Frau zufolge hat, kann von dem K. V. nach § 29 KO. angefochten werden; demgemäß kann die Frau durch den Gegenbeweis gegen § 1362 im Konkurse schon ihre Haushaltsgegenstände aussondern.[4]) Dem K. V. muß es

---

[1]) nicht zur Erweiterung des Haushalts.

[2]) auch wenn der Mann die Absicht hatte, die Gegenstände für eigene Rechnung zu erwerben. Staudinger, § 1382. 3. Neumann, § 1382. 3. Anderer Ansicht Planck, § 1362. 3. b.

[3]) Jäger, § 45, 9—10. Endemann, S. 302.

[4]) Anderer Ansicht die herrschende Meinung, welche von Staudinger, § 1362. 5., Cosack II, § 281, Anm. 13, Schmidt-Habicht, S. 239, Ullmann, S. 104 vertreten wird, ebenso Opet, § 1382. 10, Neumann, § 1382 II. Der hier vertretenen Ansicht sind: Planck, § 1382. 4,

überlassen bleiben, durch die Beweismittel, welche gegen § 1362 vorgebracht werden, eine Anfechtung nach § 29 zu erhalten.

Die Frau hat ferner ein Aussonderungsrecht im Falle des § 1381 BGB. Erwirbt der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes bewegliche Sachen, so geht mit dem Erwerbe das Eigentum auf die Frau über, es sei denn, daß der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Guts erwerben will. Im Konkurse des Mannes hat an diesen Gegenständen die Frau ein Aussonderungsrecht, auch wenn der Mann im eigenen Namen erworben und das sonach zunächst auf ihn übergehende Eigentum (z. B. durch constitutum possessorium) nicht auf die Frau übertragen hat. Die Frau muß mit Rücksicht auf § 1362 beweisen, daß der Mann einen Gegenstand in der Ehe mit ihrem eingebrachten Gut erworben hat. Dann muß der die eingetretene Surrogation bestreitende K. V. beweisen, daß der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben wollte. Solange aber dieser Beweis nicht geglückt ist, hat die Frau ihr Aussonderungsrecht. [1])

Wilmowski, § 45, Hellmann, S. 166, 3, Schröder: S. 22, Jäger, § 45. 10. Diese nehmen zum Teil Bezug (insbesondere Planck) auf die von Staudinger und Ullmann verworfene Ansicht der Protokolle VI. Seite 802, wonach der § 1382 eine natürliche Verbindlichkeit des Mannes zur Erhaltung des Haushaltsinventars in ordnungsmäßigem Zustand aufstellt; für den Mann sei es Ehrensache, dieser Verpflichtung nachzukommen. Er habe keinen Ausgleichungsanspruch (Prot. IV. Seite 191). Allgemein ist man bei der Beratung in der II. Kommission des § 1382 der Ansicht gewesen, daß der § 45 auf § 1382 BGB. nicht zu beziehen sei. Andernfalls würde der Zweck, welchem § 1382 dienen sollte, vereitelt werden. Um dieses zu verhüten, hatte man sogar den Antrag gestellt, in dem § 45 KO. eine diesbezügliche Beschränkung aufzunehmen. Der Antrag wurde jedoch zurückgenommen in dem Vertrauen darauf, daß die Praxis den § 45 und § 1382 in der beantragten Weise ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung auslegen und sich zum Vorbild die Preußische Praxis nehmen werde, welche die gleichartige Vorschrift des Allg. Landr. II. 1. § 560 nie durch den § 37 der alten KO. berichtigt habe. (§ 560: sind an die Stelle der nicht mehr vorhandenen Stücke andere angeschafft worden, so können die Frau oder deren Erben die letzteren statt der eingebrachten zurücknehmen). Im übrigen kann der § 45 auch aus dem Grund nicht auf den § 1382 angewendet werden, weil in der Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit — der natürlichen Verpflichtung das Haushaltsinventar der Frau in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten — keine Verringerung des Vermögens, keine ersatzberechtigte Verwendung von Mitteln des Mannes im Sinne des § 45 KO. liegt.

[1]) Staudinger, § 1381. 4. Planck, § 1381, 6. Jäger, § 45. 9. c.

III. Kapitel.

Der zeitliche und örtliche Geltungsbereich des § 1362.

Die Materie des Geltungsbereichs einer Vorschrift des BGB. hat ihre Regelung im Einführungsgesetz zum BGB. gefunden. Der zeitliche Geltungsbereich einer eherechtlichen Vorschrift ist nach verschiedenen Gesichtspunkten geordnet, je nachdem nämlich die Norm eine von denjenigen ist, welche die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einander regelt oder zu denjenigen gehört, welche sich auf das Güterrecht beziehen, in welchem die Ehegatten leben. Jene haben im Art. 199, diese im Art. 200 ihre gesetzliche Normierung gefunden. In der Literatur sind Zweifel darüber laut geworden, zu welchem von beiden Rechtsgebieten die Vermutung des § 1362 gehört; von der Entscheidung der Frage, ob der § 1362 die persönlichen oder die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe regelt, hängt demnach die Unterstellung ab. Die herrschende Ansicht[1]) zählt die Vermutung zu den persönlichen Rechtsbeziehungen und zum Wirkungskreis des Art. 199. Sie behauptet somit, daß die hier aufgestellte Vermutung auch für die bereits am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen Anwendung finde, da sich gemäß Art. 199 die „persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einander, insbesondere ihre gegenseitige Unterhaltspflicht auch für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehen nach dessen Vorschriften bestimmen".

M. E. hat der § 1362 mit den persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten nichts zu tun. Er stellt nämlich keine Normen auf, welche aus der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft folgend und in der sittlichen Auffassung vom Wesen der Ehe begründet, die Beziehungen zwischen den Ehegatten regeln sollen. Es erscheint auch nicht als eine Ausstrahlung der personenrechtlichen Beziehungen auf das vermögensrechtliche Gebiet,[2]) als eine Beeinflussung der persönlichen Rechtsstellung der Ehegatten im Vermögensverkehr, wie wir dieses im § 1356 und § 1357 finden.

Schließlich läßt sich auch nicht aus der Stellung des Mannes als des Hauptes der ehelichen Gemeinschaft der Satz herleiten, daß mit Eingehung der Ehe die Frau ihre beweglichen Sachen dem Zugriff seiner Gläubiger preisgeben muß. Als „eine unmittelbare Folge der übergeordneten hausherrlichen Stellung des Mannes in der Ehe", mithin als „ein Ausfluß persönlicher Be-

1) Habicht, S. 535. Niedner, S. 421. Bem. 12. b. Neumann, Art. 199. 1. Staudinger, Art. 199. 2. a. a. und § 1362.
2) Ansicht Niedners, S. 421.

ziehungen der Gatten“ [1]) erscheint deshalb der § 1362 I. ebenso wenig, wie der Abs. 2 mit der der Frau übertragenen Leitung des Hauswesens zusammenhängt.

Die herrschende Ansicht weist zur Bekräftigung ihrer Behauptung auch noch auf die Motive zum E. G. BGB. [2]) hin. Die Motive unterstellen nämlich den § 1362 dem Art. 199 mit der kurzen Bemerkung: „Von selbst versteht es sich, daß die Vorschrift des § 1282 (jetzt § 1362) von dem Inkrafttreten des BGB. an auch auf die bestehenden Ehen Anwendung findet“. Die Motive weisen aber auch darauf hin, daß sie die gegenseitige Unterhaltungspflicht im Art. 199 deshalb besonders hätten erwähnen müssen, weil es zweifelhaft sei, ob diese als Ausfluß der persönlichen Rechtsbeziehungen oder des ehelichen Güterrechts anzusehen sei. Wenn aber dieser Zweifel schon bei der Unterhaltspflicht besteht, so kann man umsomehr bei dem § 1362 darüber im Ungewissen sein. Die Bemerkung der Motive erklärt sich daraus, daß nach dem E. I. § 1282 die in ihm gegebene Vermutung auch für das Verhältnis der Ehegatten zu einander gelten sollte. Sie paßt also auf diesen Paragraphen. Dieser ist jedoch durch die Reichstagskommission so erheblich umgeändert worden, — zwischen den Ehegatten gilt die Vermutung heute nicht mehr, — daß schon deshalb der § 1362 I. nicht mehr unter den Art. 199 fallen kann, da er eben nicht mehr von den Rechtsbeziehungen der Ehegatten zu einander handelt. Aber auch den Abs. 2 des § 1362 kann man nicht hierher rechnen, da es sich auch hier um eine vermögensrechtliche Vorschrift handelt, wie die Entwickelungsgeschichte dieses Absatzes zeigt. [3])

Der § 1362 will m. E. nur für das vermögensrechtliche Gebiet wirken, er will die Gefahren der Vermögensvermischung für den Gläubiger beseitigen. Diese ausschließliche vermögensrechtliche Bedeutung erkennen wir deutlich, wenn wir die §§ 1357—1361 BGB., welche auch vermögensrechtliche Wirkungen zeigen, dem § 1362 gegenüberstellen. Diese rühren aus dem Wesen der ehelichen Gemeinschaft her, sie sind nur Ausstrahlungen des personenrechtlichen Kerns der Ehe, im Gegensatz zu § 1362, für welchen sich eine solche personenrechtliche Grundlage nicht nachweisen läßt. [4])

Sind aber die Vermutungen ausschließlich vermögensrechtlicher Natur, so kann die Uebergangsvorschrift des Art. 199 demgemäß keine Anwendung finden. Hiermit soll jedoch andererseits der § 1362 nicht der Norm des Güterrechts, dem Art. 200

---

[1]) Ansicht Habichts, S. 535.
[2]) Motive z. E. G., S. 280.
[3]) A. A. Staudinger, § 1362. 12. b.
[4]) Wieruszowski I., S. 181.

unterstellt werden.[1]) Dies würde zur Folge haben, daß die bisherigen Gesetze für die alten Ehen auch weiterhin maßgebend blieben, also im gemeinrechtlichen Gebiet die alte Praesumtio Muciana mit all ihren Zweifeln fortbestände. Wir würden dann noch auf eine lange Zeit von der langersehnten Rechtseinheit entfernt sein. Die Unterstellung des § 1362 unter den Art. 200 läßt sich auch theoretisch nicht rechtfertigen. Der Art. 200 behandelt das spezielle Gebiet der vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe auf die verschiedenen Güterstände. Aus der Stellung des § 1362 BGB. im System des Familienrechts — er gehört zu den „Allgemeinen Wirkungen der Ehe" — folgt aber, daß er nicht als eine spezifisch güterrechtliche Norm gedacht ist, sondern als eine allgemeine vermögensrechtliche Wirkung, welche auf jede Ehe ohne Rücksicht auf den jeweiligen Güterstand Anwendung finden soll. Gehört aber der § 1362 nicht zu einem bestimmten Güterstand, so kann auch Art. 200 keine Anwendung finden.

Wir kämen also zu dem Resultat, daß der § 1362 eine ausdrückliche Regelung seines örtlichen Geltungsbereichs im E. G. nicht gefunden hat. Hier muß die extensive Interpretation aushelfen. Zur Ausdehnung eignet sich am besten der Art. 199, weil der § 1362 der Gruppe der persönlichen Rechtsbeziehungen doch näher steht als dem Art. 200, der sich nur mit den einzelnen Güterständen befaßt.[2]) Durch die grundsätzlich verschiedene Regelung der Normen des Eherechts und durch die Gegenüberstellung der Art. 199 und 200 scheint uns der Wille des Gesetzes dahin zu gehen, daß der Art. 199 die „Allgemeinwirkungen jeder Ehe", also die Normen des V. Titels, der Art. 200 dagegen das spezielle Güterrecht, die Normen des VI. Titels regeln sollte. Das Gesetz meint im Art. 199 mit dem enggefaßten Aus-

---

[1]) Dieser Ansicht sind Planck. VI, S. 57 und 404; Endemann, Familienrecht, S. 184. Anm. 4.

[2]) Eine eigenartige Lösung der schwierigen Frage gibt Wieruszowski I, S. 182 ff. Nach ihm finden die Art. 199 u. 200 keine Anwendung wegen der vermögensrechtlichen Natur der Vermutung. Er hält den § 1362 für eine vorwiegend prozessuale Bestimmung, welche wie die übrigen gesetzlichen Vermutungen nur aus Zweckmäßigkeitsgründen ihre Aufnahme im BGB. gefunden hätten. Als prozessuale Norm finde aber § 1362 sofort auf die anhängigen Prozesse Anwendung. Er habe zum Gegenstand eine Vermutung zugunsten des Eigentumserwerbs, auf den nach Art. 181 E. G. das alte Recht Anwendung finde, sofern der Erwerb vor dem 1. Januar 1900 feststehe. Deshalb finde § 1362 keine Anwendung in Ansehung derjenigen Sachen, welche die Ehegatten bereits am 1. I. 1900 besaßen. — Eine m. E. nicht befriedigende Lösung. Es läßt sich einerseits stark die Auffassung Wieruszowski's, als sei der § 1362 eine ausschließlich prozessuale Norm, anzweifeln, andererseits wird sich kaum eine genaue Feststellung, welche Gegenstände vor und nach dem 1. I. 1900 angeschafft worden sind, treffen lassen.

druck „persönliche Rechtsbeziehungen" sowohl diese wie überhaupt die Allgemeinwirkung jeder Ehe, es will den ganzen V. Titel des vierten Buches dem Art. 199 unterstellen. Diese Erweiterung des Art. 199 scheint auch dem Geiste des Gesetzes am meisten zu entsprechen. Es will die neuen, auf jede Ehe anzuwendenden Normen, welche der zurzeit herrschenden Auffassung vom Wesen der Ehe entsprechen, vom Tage des Inkrafttretens des BGB. auf alle bereits bestehenden Ehen angewendet wissen, dagegen die alten Güterstände, in die sich die Ehegatten einmal eingelebt haben, auch weiterhin mit der Aussicht auf Ueberleitung bestehen lassen. Diese gegensätzliche Regelung wird im Art. 199 und 200 ausgesprochen. Den Allgemeinwirkungen im Art. 199 werden die speziellen güterrechtlichen im Art. 200 gegenübergestellt. Trotz des Wortlautes des Art. 199 muß man denselben dahin auslegen und zu dem Grundsatz kommen: Der § 1362 findet vom 1. Januar 1900 ab auf alle, auch auf die zu dieser Zeit schon bestehenden Ehen Anwendung. Eine Rückwirkung und Anwendung auf Nachlaßteilungen, wenn der Ehegatte schon früher gestorben ist, ist natürlich ausgeschlossen. Die einem Güterstande eigenen besonderen Vermutungen bezüglich einer Gütermasse bleiben auch nach dem Inkrafttreten des BGB. mit dem ganzen Güterstand bestehen und werden nicht durch § 1362 beeinflußt.

Wir müssen jetzt noch den örtlichen Geltungsbereich, also die Stellung des § 1362 im internationalen Privatrecht betrachten. Von den Wirkungen der Ehe auf diesem Gebiete handeln die Artikel 14, 15 und 16 des E. G. BGB. Wir finden hier eigentümlicherweise auch wieder die beiden Gruppen der persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten untereinander und des ehelichen Güterrechts. Auch hier taucht die Frage wieder auf, zu welchem Gebiet gehört die vermögensrechtliche Norm des § 1362? Wie oben zugunsten der Art. 199 die Lösung gefallen ist, so muß auch hier der Art. 14 Anwendung finden, welcher sich somit aus denselben Gründen nicht nur auf die persönlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander, sondern auf alle in den §§ 1353 bis 1362 als Wirkungen der Ehe im allgemeinen zusammengefaßte Materien, also auch auf die Vermutung des § 1362 erstreckt.[1] — Es sind in der Literatur Zweifel aufgetaucht, ob der § 1362 nicht zum Art. 15 gehöre.[2] Niemeyer[3] hat diese Ansicht mit dem Hinweis auf Art. 16 III., wo der § 1362 ausdrücklich erwähnt wird, begründet mit der Behauptung, dieser Artikel stelle ledig-

[1]) Derselben Ansicht sind mit gleicher Begründung wie beim Art. 199: Niedner, Art. 14. 4. Neumann, Art. 14. 2. Staudinger, Art. 14 B.

[2]) Zum Art. 15 nehmen den § 1362: Planck, Art. 14. 5. Barazetti, S. 70. Niemeyer, S. 144.

[3]) Niemeyer, Vortrag, S. 21. [Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines BGB. Bd. VII]; ihm folgt Barazetti, S. 70.

lich eine Modifikation des unmittelbar hervorgehenden, das eheliche Güterrecht betreffenden Artikels 15 dar. Jener sei eine Ergänzung des Art. 15, somit gehöre § 1362 zum Art. 15. Von dieser Ansicht ist Niemeyer jetzt[1]) abgegangen, er hält m. E. mit Recht den Art. 16 für eine Modifikation der beiden vorhergehenden Artikel, welcher den Zweck habe, die in diesen Artikeln nicht berührten Beziehungen der Ehegatten zu Dritten zu regeln.

Der § 1362 findet demnach zunächst zwischen deutschen Ehegatten und ihren Gläubigern Anwendung, aber auch dann, wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz im Auslande haben. Hat der deutsche Ehemann die Staatsangehörigkeit verloren, während die deutsche Ehefrau in der deutschen Staatsangehörigkeit verblieben ist, so wird ausnahmsweise dieser Wechsel des Ehemanns in der Staatsangehörigkeit nicht beachtet und es bleibt das frühere Personalstatut des Ehemanns in Kraft, was Art. 14 II mit den Worten ausdrückt: „Die deutschen Gesetze (also § 1362) finden auch Anwendung, wenn der Mann die Reichsangehörigkeit verloren, die Frau sie aber behalten hat."

Auf Ausländer findet der § 1362 an sich keine Anwendung, da nach dem vom BGB. aufgenommenen Nationalitätsprinzip die persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen ausländischer Ehegatten zu Dritten den Normen des ausländischen Rechts unterliegen. Im Interesse Dritter[2]) ist dieser Grundsatz zum Schutze des inländischen Rechtsverkehrs durch Art. 16 modifiziert worden. Soll nämlich die Ehe ausländischer Ehegatten dauernd ihre vermögensrechtliche Wirkung im deutschen Reichsgebiete betätigen, so ist es nicht mehr als Recht, daß die Ehegatten auch Dritten gegenüber wie deutsche Ehegatten angesehen werden, und den Gläubigern dieselben Schutzgesetze zur Seite stehen, wie sie für Deutsche aufgestellt werden. Ein solches Schutzgesetz ist auch der § 1362. Gewährt nun das ausländische Recht schon den Gläubigern eine dem § 1362 analoge Vorschrift, so können sie diese ausländische Bestimmung zunächst heranziehen. Sollte aber das deutsche Recht, also die Vermutung des § 1362, noch günstiger sein, als das ausländische Recht, so kommt deutsches Recht zur Anwendung. Die Gläubiger werden durch diese Vorschrift des Art. 16 III in ausgedehntem Maße im Rechtsverkehr und namentlich in der Zwangsvollstreckung mit ausländischen Ehegatten unterstützt.

Die Wirkungen dieses Schutzes der Gläubiger, welche natürlich meistens Deutsche sein werden, dauert nur für die Zeit, wo die ausländischen Ehegatten im Inland Wohnsitz[3]) genommen haben. Sie hört auf, falls die Eheleute wieder auswandern.

1) Niemeyer, S. 144. Keidel, S. 240.
2) also nicht im Verhältnis der Ehegatten untereinander (§ 1362 II). Hier bleibt die Anwendung des ausländischen Rechts. Staudinger, Art. 14. III. 1.
3) Wieruszowski II, S. 38. Planck, VI, S. 64.